# النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد

# Legal System for Pre-Trial Negotiations In Contracting


**إعداد الطالب**

**مصطفى خضير نشمي**

**إشراف**

**الأستاذ الدكتور فائق محمود الشّماع**


**رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص**


**قسم القانون الخاص**

**كلية الحقوق**

**جامعة الشرق الأوسط**


**2014/2013م**

بسم الله الرحمن الرحيم

قَالَ تَعَالَىٰ: أَعُوذُ بِٱللَّهِ مِنَ ٱلشَّيۡطَٰنِ ٱلرَّجِيمِ ﴿قَالُواْ سُبۡحَٰنَكَ لَا عِلۡمَ
لَنَآ إِلَّا مَا عَلَّمۡتَنَآۖ إِنَّكَ أَنتَ ٱلۡعَلِيمُ ٱلۡحَكِيمُ ٣٢﴾

صدق الله العظيم

(سورة البقرة، الآية 32)

# تفويض

أنا الطالب **مصطفى خضير نشمي** أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي المعنونة بـ "النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد" للمكتبات الجامعية أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

**الاسم:** مصطفى خضير نشمي

**التوقيع:**

**التاريخ:** 2014/2/1م

# قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها "النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد".

وأجيزت بتاريخ 2014/1/13م.

| أعضاء لجنة المناقشة | | التوقيع |
|---|---|---|
| الأستاذ الدكتور فائق محمود الشمّاع | رئيساً ومشرفاً | ..................... |
| الأستاذ الدكتور جمال الدين مكناس | عضواً داخلياً | ..................... |
| الأستاذ الدكتور مجيد حميد العنبكي | عضواً خارجياً/ جامعة العلوم الإسلامية العالمية | ..................... |

# شكر وتقدير

الحمد لله على ما أسبغ علينا من نظم ظاهرة وباطنة، فلك الحمد والشكر يا رب كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، والحمد لله الذي بعث فينا محمداً ﷺ هادياً وبشيراً.

أتقدم بجزيل الشكر ووافر الاحترام والتقدير إلى العالِم الجليل الأستاذ الدكتور فائق الشمّاع لتفضله بالإشراف على هذه الرسالة، ولما بذله من جهد مخلص، فقد كان لصبره وسعة صدره وتدقيقه وإبداء ملاحظاته السديدة الأثر الواضح في توجيه سير رسالتي هذه نحو المسار الصحيح، وفقه الله وأطال في عمره وجزاه عني خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى عضويْ لجنة المناقشة لتفضلهما بمناقشة هذه الرسالة، والتي سيكون لملاحظاتهم القيمة الأثر الطيب في إخراجها بالصورة الأمثل.

والشكر الموصول إلى كليتي العزيزة/ كلية الحقوق وأساتذتي على ما أحاطوني به من اهتمام وعلم نافع.

الباحث

# الإهداء

**إلى والدي الحبيب . . . .**

أطال الله في عمره

**إلى والدتي العزيزة . . .**

حفظها الله ورعاها

**إلى إخواني وأخواتي . . .**

**إلى وطني الغالي . . .**

العراق

**أهدي هذا الجهد المتواضع**

**الباحث**

# قائمة المحتويات

| الموضوع | الصفحة |
|---|---|

**النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد**

**إعداد الطالب**
**مصطفى خضير نشمي**

**إشراف الأستاذ الدكتور**
فائق الشمّاع

**الملخص**

تعدّ المفاوضات التمهيدية للتعاقد مرحلة أساسية في عملية التعاقد، ذلك أن التوازن العقدي للعقد المراد إبرامه يعتمد على حسن سير هذه المفاوضات.

هذا ولم ينظم المشّرعان العراقي والأردني مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد في القانون المدني لا من حيث مفهومها ولا طبيعتها القانونية، كذلك لم يبين أحكامها الناظمة لها، الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى القواعد التقليدية في نظرية الالتزام لتطبيقها على هذا النوع من التعاقد.

وقد جاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء على هذا الموضوع الهام في وقتنا الحاضر، وبخاصة في ظل استخدام وسائل الاتصال الحديثة في المفاوضات.

وقد حاولت الدراسة الإجابة على السؤال الآتي: هل تكفي هذه القواعد التقليدية للتطبيق على المفاوضات التمهيدية، أو لا بدّ من استحداث بعض القواعد القانونية التي تتناسب مع طبيعتها؟

وقد خرجت الدراسة بعدد من النتائج والتوصيات، وقد تّم تثبيتها في خاتمة الدراسة، ومن أهمها: أنه لا بدّ من قيام المشّرعين العراقي والأردني بتنظيم المفاوضات التمهيدية بموجب قواعد قانونية تتناسب مع طبيعتها وبخاصة في ظل الوسائل الإلكترونية الحديثة التي يتم من خلالها التفاوض في عصرنا الذي نعيش فيه.

# Legal System Pre-Trial Negotiations in Contracting

**By**
**Mustafa Khudair Schmidt**

**Supervisor**
**Prof. Dr. Faeq Al-Shama'a**

**Abstract**

The preliminary negotiations for contracting an essential stage in the hiring process, so that the balance of the contract to be lumpy conclusion depends on the proper functioning of these negotiations.

This did not legislator Iraqi and Jordanian stage of preliminary negotiations for a contract in the civil law does not in terms of its concept and legal nature, also did not indicate its provisions governing them, which requires a return to the traditional rules in the theory of the obligation to apply to this type of contract.

The study came to shed light on this important subject in the present day, especially in light of the use of modern means of communication in the negotiations.

The study tried to answer the following question: Do you think these traditional rules applicable to the preliminary negotiations, whether or not must be the development of some of the legal rules that are commensurate with the nature?

Has emerged study a number of findings and recommendations, has been installed at the conclusion of the study, and most important: it has to be a legislator Iraqi and Jordanian organized a preliminary negotiations under the rules of legal commensurate with the nature and especially in light of the means of modern electronic through which to negotiate in our times in which we live there in.

# الفصل الأول

## مقدمة الدراسة

### أولاً : تمهيد:

يحتل العقد المكانة الأولى في ترتيب مصادر الالتزام، فهو الأداة التي يستند إليها في المقام الأول لتسهيل التبادل والتعامل بين الأشخاص، ليس على المستوى الداخلي فحسب، بل على مستوى التبادل الدولي أيضاً .

وقد نظّمته القوانين المدنية بالتفصيل الدقيق، ومنها: القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م وتعديلاته بموجب المواد (من 73–183).

هذا وتعدّ العملية السابقة على التعاقد أو ما تسمى مرحلة المفاوضات العقدية من أهم المراحل التي تكون بين أطراف التعاقد[1]، وذلك بسبب ما تمثله من إمكانية إبرام العقد من عدمه، فهي تمكّن كلا الطرفين المتفاوضين من الاطلاع على التفاصيل الدقيقة كافة المتعلقة بالعقد والشروط والالتزامات المترتبة على كلا الطرفين، وبما تؤدي إليه من مشاكل وخلافات قانونية تتعلق بالالتزامات أو بما تمثله هذه المرحلة من مسؤولية على الطرف الذي يتسبب بقطع المفاوضات دون سبب، أو نتيجة الإخلال بمبدأ حسن النية في التفاوض[2]، وإذا نظرنا إلى الفترة التي تسبق التعاقد، فإننا نرى أنها تبدأ بالدعوة إلى الدخول في مفاوضات على العقد المنشود وقد تكون طويلة أو قصيرة حسب أهمية العقد المتفاوض عليه، "ومن خلال هذه المفاوضات قد يتم الاتفاق على العقد بشكل كامل، وقد يتم الاتفاق على مسائل معينة وتأخير الاتفاق على مسائل

---

(1) السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد (2011). شرح القانون المدني – مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دار الثقافة، عمّان، ط1، الإصدار الخامس، ص92.

(2) بارود، حمدي محمود (2005). القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، المجلد 13، العدد 2، ص124–125. وداود، أحمد محمد (2012). أحكام العقد في القانون المدني، ج1، دار الثقافة، عمّان، ط1، الإصدار الثاني، ص146.

أخرى، وقد يتم تبادل مستندات معينة أو خطابات نوايا حسب مقتضى الحال[1]، ولكن في النتيجة، فإن الغاية من المفاوضات هي اقتران الإيجاب بالقبول والتعبير عن إرادتين متوافقتين وبالتالي إحداث أثر قانوني يتمثل بإبرام العقد"[2].

**ثانياً: مشكلة الدراسة**

تتبع مشكلة هذه الدراسة في أن المشرّعين العراقي والأردني لم ينظّما المفاوضات لأغراض التعاقد بقواعد خاصة، وإنما اعترفا بها ضمناً من خلال بعض النصوص القانونية المتناثرة في القانون المدني. ومن هنا فإن مشكلة هذه الدراسة تدور حول ما يترتب على مرحلة المفاوضات من التزامات، وفيما إذا كانت هناك أي قيمة قانونية للمراحل التي تسبق انعقاد العقد، وفيما إذا تترتب مسؤولية على الطرف المنسحب من المفاوضات بدون سبب أو عذر مشروع، أو أنه كان يفاوض بما يخالف مبدأ حسن النية، وما طبيعة هذه المسؤولية؛ عقدية أو تقصيرية؟.

**ثالثاً: أهداف الدراسة**

تهدف هذه الدراسة إلى بيان الجوانب القانونية الناظمة لموضوع المفاوضات التمهيدية للتعاقد من خلال بيان مفهومها وصورها وأحكامها، وكذلك بيان أثر الإرادة في مرحلة المفاوضات، وما يترتب عليها من حقوق والتزامات.

---

[1] لطفي، محمد حسام محمود (1993). استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص10.

[2] النكاس، جمال فاخر (1996). العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الأول، ص147.

**رابعاً: أهمية الدراسة**

تكمن أهمية هذه الدراسة في معالجة أوجه القصور التشريعي في المعالجة التشريعية لموضوع المفاوضات التمهيدية في القانون المدني العراقي والأردني، إذ خلا هذين القانونين من تنظيم قانوني متكامل لمرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد.

كما وتظهر أهميتها من خلال بيان طبيعة المسؤولية المدنية الناشئة في حال إخلال أي من أطراف التفاوض بالتزاماته في هذه المرحلة. كذلك فإن لهذه الدراسة أهمية عملية في وقتنا الحاضر، حيث ظهرت عقود كثيرة تنطوي على قدر كبير من التعقيد والتفاصيل، وبخاصة في مجال التجارة الدولية، مما قد يتطلب إجراء مفاوضات مكثفة وتفصيلية لأغراض التعاقد كما هو الحال في عقود التجارة الإلكترونية[1]، وعقد دراسات الكمبيوتر، والتزويد بالأنظمة الإلكترونية.

**خامساً: أسئلة الدراسة**

تطرح هذه الدراسة الأسئلة الآتية:

1. ما مفهوم المفاوضات التمهيدية في الإطار التعاقدي؟
2. ما صور المفاوضات التمهيدية في الإطار التعاقدي؟
3. ما أحكام المفاوضات التمهيدية؟
4. هل تكفي القواعد التقليدية في نظرية الالتزام للتطبيق على المفاوضات التمهيدية في ظل عدم وضع المشرّعان العراقي والأردني أحكاماً خاصة بها، أم لا بدّ من

---

[1] تفصيلاً راجع: الشّماع، فائق محمود (2000). التجارة الإلكترونية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، تصدر عن قسم الدراسات القانونية في بيت الحكمة، بغداد، العدد الرابع، السنة الثانية، ص37 وما بعدها.

استحداث بعض القواعد القانونية بما تتناسب مع طبيعة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد؟

5. في أي لحظة يعدّ العقد قد تم فيما لو توصل أطراف التفاوض إلى الاتفاق على المسائل الجوهرية تمهيداً لإبرام العقد؟
6. ما الالتزامات التي تقع على عاتق الأطراف أثناء فترة المفاوضات؟
7. ما مسؤولية الأطراف في المراحل التي تسبق إبرام العقد وما طبيعتها، أهي عقدية أم تقصيرية؟

**سادساً: حدود الدراسة**

تقتصر حدود هذه الدراسة على بيان موقف القانون المدني الأردني العراقي رقم (40) لسنة 1951م وتعديلاته من مسألة المفاوضات التمهيدية التي تسبق إبرام العقد، ومن ثم فإن محورها الرئيس سيكون أحكام القواعد العامة في القانون المذكور، كما ستورد بعض النصوص الواردة في القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م والتي لم يرد لها مثيل في القانون المدني، كما تقتصر حدود هذه الدراسة على المسائل ذات الصلة بالمفاوضات دون الدخول في موضوعات أخرى تخرج عن نطاق المفاوضات، كمسألة إبرام العقد، وآثاره، والمسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذه؛ نظراً لأن موضوع الدراسة يقتصر على بيان الجوانب القانونية لمسألة المفاوضات التي تسبق إبرام العقدحصراً.

**سابعاً: محددات الدراسة**

إن هـذه الدراسـة تتنـاول موضـوع المفاوضـات التمهيديـة التـي تسـبق إبـرام العقـد، وبالتـالي لا توجـد أي قيـود تحـد مـن تعمـيم نتائجهـا فـي الأردن العـراق وغيرهمـا مـن الـدول العربيـة. وكمـا أن هـذه الدراسـة تبقـى محـددة بالإطـار الزمنـي السـابق علـى نظـام العقـد ومـا يترتب على ذلك من تساؤلات وإشكاليات.

**ثامناً: المصطلحات الإجرائية للدراسة**

1. **العقـد:** "هـو ارتبـاط الإيجـاب الصـادر مـن أحـد المتعاقـدين بقبـول الآخـر وتوافقهمـا علـى وجـه يثبـت أثـره فـي المعقـود عليـه، ويترتـب عليـه التـزام كـل منهمـا بمـا وجـب عليـه للآخر"[1].

كمـا عـرّف بأنـه: "ارتبـاط الإيجـاب الصـادر مـن أحـد العاقـدين بقبـول الآخـر علـى وجه يثبت أثره في المعقود عليه"[2].

ويعرّفـه بعـض الفقـه بأنـه: "توافـق إرادتـين علـى إحـداث أثـر قـانوني سـواء كـان هـذا الأثر إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهاؤه"[3].

2. **المفاوضـات العقديـة:** هـي المرحلـة التـي يتبـادل فيهـا أشـخاص العلاقـة المسـتقبلية وجهـات النظـر ويناقشـون الشـروط التـي يضـعونها سـوية بقصـد تحديـد محتـوى العقـد دون أن يكونا متأكدين من إبرام هذا العقد والوصول به إلى نهايته[4].

---

[1] المادة (87) مدني أردني.

[2] المادة (73) مدني عراقي.

[3] السنهوري، عبد الرزاق (1998). الوسيط في القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص114.

[4] نصير، يزيد أنيس (2001). مرحلة ما قبل إبرام العقد، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، العدد الثالث، ص132.

أو هـي: "قيـام أطـراف العلاقـة العقديـة المسـتقبلي بتبـادل الاقتراحـات والمسـاومات والدراسـات والتقـارير الفنيـة والاستشـارات القانونيـة ومناقشـة الاقتراحـات التـي يضـعونها معـاً أو يتفرد بوضعها أحدهما للوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما"[1].

3. **المسـؤولية المدنيـة:** هـي الالتـزام بتعـويض الضـرر المترتـب علـى الإخـلال بـالتزام أصلي سابق، وهي على نوعين: عقدية وتقصيرية[2].

**تاسعاً: الإطار النظري للدراسة**

قـد يمـرّ العقـد بمراحـل قبـل إبرامـه، أي قبـل ارتبـاط القبـول بالإيجـاب لإنشـاء العقـد الأصـلي، حيـث تسـبقه مرحلـة مفاوضـات لغـرض التحضـير لإبـرام العقـد، وبمـا أن هـذه الدراسـة تتنـاول موضـوع المراحـل التـي تسـبق إبـرام العقـد، فإنـه لا بـد مـن بيـان مفهـوم المفاوضـات فـي الإطـار العقـدي، ومـن ثـم المفاوضـات فـي العقـود التجاريـة الدوليـة، وكـذلك مبـدأ حسـن النيـة فـي المفاوضـات العقديـة، وأحكامهـا مـن حيـث بيـان التزامـات الأطـراف والمسؤولية الناشئة عن المفاوضات وطبيعتها في حال الإخلال بتلك الالتزامات.

وفـي ضـوء مـا سـبق، فـإن هـذه الدراسـة تقسـم إلـى خمسـة فصـول، يتنـاول الفصـل الأول مقدمـة الدراسـة، ويبحـث الفصـل الثـاني مفهـوم المفاوضـات التمهيديـة للتعاقـد، وذلـك مـن خـلال التعريـف بهـا (المبحـث الأول)، وبيـان المبـادئ التـي تقـوم عليهـا وقيمتهـا القانونيـة (المبحـث الثـاني)، ويتنـاول الفصـل الثالـث الالتزامـات الناشـئة عـن المفاوضـات التمهيديـة مـن خـلال بيـان أثـر طبيعـة المفاوضـات التمهيديـة علـى هـذه الالتزامـات

---

[1] الجبوري، ياسين محمد (2010). المبسوط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، العقد 6، دار الثقافة، عمّان، ط1، الإصدار الرابع، ص94.

[2] مرقس، سليمان (1988). الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، المجلد الثاني، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول، في الأحكام العامة، جامعة القاهرة، ط25، ص11.

(المبحث الأول)، ومن ثم بيان أهم هذه الالتزامات (المبحث الثاني)، في حين يبحث الفصل الرابع في المسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة المفاوضات، وذلك من خلال بيان الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات (المبحث الأول)، ومن ثم بيان الجزاء القانوني في مرحلة المفاوضات (المبحث الثاني).

وسنورد النتائج والتوصيات التي تخرج بها هذه الدراسة ضمن الخاتمة.

**عاشراً: الدراسات السابقة**

اطلع الباحث نتيجة مسحه للجامعات والمجلات العلمية حول هذا الموضوع على عدد من الدراسات السابقة، وهي:

- نصير، يزيد أنيس (2001). "مرحلة ما قبل إبرام العقد" مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، العدد الثالث.

تناول الباحث مرحلة ما قبل إبرام العقد من خلال بيان مفهومها وأهميتها وموقف القانون الأردني منها دون التعرض لبيان صورها وتمييزها عن غيرها مما قد يشتبه بها، ولم يتعرّض لأحكام هذه المرحلة بشيء من التفصيل، وهذه المسائل ستكون محل دراسة معّمقة في هذه الدراسة في ضوء القانونين العراقي والأردني.

- بارود، حمدي محمود (2005). "القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض في مجال عقود التجارة الدولية" مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، المجلد 13، العدد 2.

تناول الباحث هذه الدراسة من خلال بيان مفهوم الاتفاقات التمهيدية المتعلقة بتنظيم المفاوضات ذاتها، وبيان مراحلها، وقد اقتصرت الدراسة على بيان القيمة

القانونيـة لهـذه الاتفاقيـات قبـل العقـد، فـي حـين لـم تبـين صـورها وأحكامهـا، الأمـر الـذي تبحث فيه الدراسة الحالية.

- النكـاس، جمـال فـاخر (1996). "العقـود والاتفاقيـات الممهـدة للتعاقـد وأهميـة التفرقـة بـين العقـد والاتفـاق فـي المرحلـة السـابقة علـى العقـد" مجلـة الحقوق، جامعـة الكويـت، السنة العشرون، العدد الأول.

تعرضـت الدراسـة فـي مقـدمتها للتفرقـة التقليديـة بـين العقـد والاتفـاق وعـدم اعتمـاد الغالـب مـن الفقـه لهـذه التفرقـة، ثـم جـاء المبحـث الأول لعـرض أنـواع العقـود الممهـدة لغيرهـا مـن العقـود التقليديـة منهـا والحديثـة، فـي حـين كـرّس المبحـث الثـاني لدراسـة العديـد مـن أنـواع الاتفاقيـات الممهـدة للعقـود كالاتفـاق المبـدئي حـول جزئيـات العقـد، واختتمـت الدراسـة بتوصـية مؤداهـا ضـرورة التفرقـة بـين الاتفـاق والعقـد فـي المراحـل السـابقة علـى قيـام العقـد، وقـد جـاءت هـذه الدراسـة مقارنـة بـين القـانونين الكـويتي والمصـري مـع إشـارات للقـانون الفرنسـي، ومـن هنـا تتشـابه هـذه الدراسـة مـع دراسـتي الحاليـة فـي بعـض مفرداتهـا، مـع ذلـك تختلـف فـي أن الدراسـة الحاليـة تبحـث فـي المفاوضـات التمهيديـة فـي ظـل القـانونين العراقي والأردني.

- الحفنـاوي، محمـد (2002). "المفاوضـات فـي عقـود التجـارة الدوليـة"، رسـالة ماجستير، جامعة آل البيت، المفرق – الأردن.

تنـاول الباحـث فـي دراسـته المـذكورة أهميـة المفاوضـات فـي التجـارة الدوليـة، وبخاصـة تلـك التـي تـتم عبـر وسـائل التبـادل الإلكترونـي للبيانـات والمعلومـات. وقـد خلصـت الدراسـة إلـى أن المشـرّع الأردنـي لـم يضـع قواعـد قانونيـة تـنظم مرحلـة التفـاوض

الأمر الذي يقتضي الرجوع إلى القواعد التقليدية في نظرية الالتزام لتطبيقها على هذا النوع من التعاقد.

وتستفيد دراستي الحالية من الدراسة السابقة المذكورة، إلا أن الدراسة الحالية تبحث في موضوع المفاوضات التمهيدية في القانون العراقي مقارناً بالقانون الأردني.

**أحد عشر: منهجية الدراسة**

سأتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي (تحليل المضمون) وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بمرحلة المفاوضات التمهيدية والتي أشار إليها ضمناً المشرّعين العراقي والأردني في القانون المدني، وكذلك تحليل آراء الفقه القانوني وأحكام القضاء بخصوص المسائل المثارة في موضوع هذه الدراسة.

## الفصل الثاني

## مفهوم المفاوضات التمهيدية للتعاقد

إن دراسة المفاوضات التمهيدية للتعاقد يتطلب التعريف بها، ومن ثّم بيان مبادئها وقيمتها القانونية، لذلك سأقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: التعريف بالمفاوضات التمهيدية للتعاقد.

المبحث الثاني: القيمة القانونية للمفاوضات التمهيدية للتعاقد.

### المبحث الأول

### التعريف بالمفاوضات التمهيدية للتعاقد

سأتناول من خلال هذا المبحث التعريف بالمفاوضات التمهيدية للتعاقد وذلك ببيان معناها وأهميتها وتمييزها عن غيرها وظروفها وعناصرها وصورها، وذلك في ستة مطالب؛ هي:

المطلب الأول: معنى المفاوضات التمهيدية.

المطلب الثاني: أهمية المفاوضات التمهيدية.

المطلب الثالث: تمييز المفاوضات التمهيدية عن غيرها.

المطلب الرابع: عناصر المفاوضات التمهيدية.

المطلب الخامس: الظروف المحيطة بالمفاوضات التمهيدية.

المطلب السادس: صور المفاوضات التمهيدية.

وسأبحث هذه المطالب تباعاً.

**المطلب الأول: معنى المفاوضات التمهيدية:**

يقصد بها المرحلة التي يتبادل بها أشخاص العلاقة العقدية المستقبلية وجهات النظر ويناقشون الاقتراحات التي يضعونها سوية رغبة منهم في الوصول إلى إبرام العقد[1]. وقد عرّف جانب من الفقه القانوني المفاوضات بأنها: "العملية التي يمكن بها لطرفين يرغبان في إبرام عقد بينهما أن يتبينا إمكانية انعقاد هذا العقد وذلك من خلال اطلاع كل منهما على التفصيلات الدقيقة الخاصة بشروط كل طرف والمواصفات الخاصة بالمحل المتفاوض بشأنه"[2].

وقد عرّفها البعض الآخر بأنها: "قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية ومناقشة الاقتراحات التي يضعانها سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما ليكون كل منهما على بّينة مما يقدمان عليه وللوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق لهما والتزامات عليهما"[3].

ويعّرفها جانب آخر من الفقه[4] بأنها: تبادل اقتراحات ومساومات ومكاتبات وتقارير ودراسات فنية ومدنية وتجارية يتبادلها الأطراف للتعرف على المعاملة المزمع إبرامها وعلى ما

---

[1] بارود، حمدي محمود (2010). تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، الطبيعة العقدية وآثارها، بحث منشور في مجلة جامعة الأزهر، غزة، السنة العشرون، العدد الثالث، ص147.

[2] الكيلاني، محمود (1988). عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دراسة تطبيقية، الناشر: المؤلف نفسه، ص188؛ ونصير، يزيد أنيس، مرجع سابق، ص132.

[3] الجبوري، ياسين محمد (2010)، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول، العقد، دار الثقافة، عّمان، ط1، ص94.

[4] انظر: الدسوقي، محمد إبراهيم (1415هـ)، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة، الرياض، السعودية، ص24؛ والعلواني، فؤاد، والربيعي، عبد جمعة موسى (2000). الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، بيت الحكمة، بغداد، ط1، ص15.

سوف يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات على عاتق الطرفين، وذلك من خلال أفضل الصيغ القانونية التي تحقق مصلحتهما.

نستنتج من هذه التعريفات أن مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد تعّبر عن رغبة كل طرف من أطراف التعاقد في الوصول إلى اتفاق يحقق المصلحة المتبادلة لهم في إتمام التعاقد وتحقيق أفضل النتائج لنفسه، حيث أن كل منهما يحاول تحقيق ما يمكن تحقيقه من مكاسب من خلال التفاوض على أساس مشروع عقد.

يتضح للباحث من خلال التعريفات السابقة أن مرحلة المفاوضات تعّد مرحلة أساسية في عملية التعاقد، وذلك لأن التوازن العقدي للاتفاق القادم يعتمد على حسن سير هذه المفاوضات، كما يعتمد عليها حسن الصياغة لنصوص العقد الذي يمنع إثارة المشاكل بشأنه مستقبلاً. "كما أن لهذه المرحلة السابقة على التعاقد تأثير كبير على مستقبل العقد لاحتمال وقوع العوامل والأحداث التي يمكن أن تعيب رضا أحد طرفيه في هذه المرحلة. كما أن الاطلاع على سير المفاوضات العقدية وأحداثها هو من يساعد مستقبلاً في تفسير العقد عندما توجد ضرورة لتفسيره"(1).

**المطلب الثاني: أهمية المفاوضات التمهيدية للتعاقد:**

تلعب المفاوضات دوراً هاماً وبارزاً في مجال العقود، بخاصة في الوقت الحاضر، وذلك استجابة للتطور الهائل في وسائل الإنتاج الصناعي والتكنولوجي، والثورة المعلوماتية في مجال استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها(2)، ولما تنطوي عليه تلك العقود من مخاطر جمة، إضافة لقيمتها الهائلة، كل ذلك جعل من عملية التفاوض بمفهومها التقليدي لا تتوافق مع هذا التطور، ذلك أن هذه العقود تحتاج إلى مفاوضات طويلة ومكثفة

---

(1) سليمان، شيرزاد عزيز (2008)، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، عّمان، ط1، ص336.

(2) لطفي، محمد حسام محمود، مرجع سابق، ص36.

وتستغرق في الغالب وقتاً طويلاً، كما هو الشأن في عقود نقل التكنولوجيا[1]، حيث يسبقها مرحلة تمهيد لها، بقصد محاولة الوصول إلى تفاهم مشترك على شروط العقد المزمع إبرامه، هذه هي مرحلة المفاوضات، "وقد تأتي هذه المرحلة نتيجة دعوة إلى التفاوض موجهة من أحد الطرفين إلى الآخر، وهي دعوة بعيدة إلى حد ما عن تحديد أركان العقد والشروط الأساسية فيه في المفهوم التقليدي لقيام العقد، وقد تجيء المفاوضات أيضاً عقب توجيه إيجاب بات لا يرضى به الموجه إليه، فيرد الأخير معدلاً منه، دون أن يتقدم بإيجاب بات من ناحيته، وفي هذه الحالة يسقط الإيجاب ويدخل الطرفان في دائرة المفاوضات حتى تنتهي"[2].

"ويتخلل هذه المرحلة مساومات بين الطرفين، حيث يسعى كل طرف إلى إقناع الآخر بما يريد، لذا فهي تتضمن عروضاً متلاحقة، ويتخللها اتفاقات، قد يتم اعتمادها عرضاً بعد الآخر، ولكنها ليست عروضاً باتة، ولكنها تمهد للإيجاب البات، فإذا انتهت هذه المرحلة إلى تفاهم حول جميع المسائل المثارة من قبل الطرفان، فقد يلجأ أحدهما إلى صياغة مشروع نهائي يوجهه كإيجاب إلى الطرف الآخر، وما دامت المفاوضات لم تصل إلى إيجاب صادفه قبول، فهل يكون لكل طرف متفاوض الحق في قطعها في الوقت الذي يريد[3]؟"

---

[1] يعرف عقد نقل التكنولوجيا بأنه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه المورد أن ينقل بمقابل معلومات متطورة إلى المستورد، لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات، ولا يعدّ نقلاً للمعرفة الحديثة مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل المعرفة الحديثة أو كان مرتبطاً به ارتباطاً لا يقبل التجزئة"، وعقود نقل التكنولوجيا متعددة فمنها مثلاً: عقد تسليم المفتاح باليد، وعقد الترخيص، وعقد المساعدة الفنية. انظر: سعدي، نصيرة بو جمعة (1987)، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، ص17.

[2] جمال، مصطفى (2002)، السعي إلى التعاقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، ص38.

[3] العلواني، فؤاد والربيعي، عبد جمعة، مرجع سابق، ص48.

ويعود اختيار هذا الموضوع لما للاتفاقات التي تتخلل مرحلة المفاوضات من أهمية في حياة العقود، في ظل غياب النص التشريعي لهذه المرحلة، فالقانون المدني العراقي والأردني جاء خلواً من أية نصوص خاصة بالمفاوضات.

وهذا مرجعه في رأيي النظرة التقليدية للعقد على أنه يتم بإيجاب يتبعه قبول، هذه النظرة التي بدأت في التراجع بعد انحسار دور المساومة في الأسواق منذ منتصف القرن الماضي أمام البيوع اليومية محددة الأسعار التي تلبي المعاملات البسيطة وتناسب العقود اليومية وفق مقتضيات السرعة التي يتطلبها إبرام العقود في الوقت الحاضر.

إن اللجوء لعملية التفاوض يمكن إرجاعها إما لأسباب اقتصادية أو نفسية أو اجتماعية أو قانونية، فأما الأسباب الاقتصادية فيبررها عظم قيمة الصفقة أو العقد محل التفاوض، أما الأسباب الاجتماعية فمردها ما تعكسه ظروف كل مجتمع على حدة، فمن المجتمعات ما ألف المساومة والمحاورة مثل بلاد الشرق، ومنها ما يجهلها كفرنسا مثلاً، أما الأسباب القانونية فترجع إلى صعوبة وتعقيد المعاملات التجارية الدولية الآن، والآليات القانونية المستجدة، ووفرة في الصيغ العقدية، الأمر الذي لا يكفي معه الاعتماد على وجود القواعد القانونية المكملة لإرادة الأطراف(1).

والذي يزيد من أهمية المفاوضات هو وجود الكم الهائل من المكاتبات والمراسلات والاتفاقات التي تتخلل هذه المرحلة، والذي يضطلع بالقيام بها عادة متفاوضين ليسوا برجال

(1) البدو، أكرم محمود حسين، وعبد الله، محمد صديق محمد (2011). أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات، بحث مستل من أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ: موضوعية الإرادة التعاقدية – دراسة تحليلية مقارنة – مقدم إلى مجلة كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2010م، منشور البحث في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 13، العدد 49، السنة 16، ص415.

قانون، لا يعلمون غالباً ما قد تثيره من منازعات، كل ذلك يزيد من أهمية المفاوضات التمهيدية للتعاقد[1].

نخلص مما سبق، إلى أن المفاوضات الجيدة تكون دائماً خير ضمانة لقيام عقد لا يثير منازعات بصدد تنفيذه، من هنا تبدو أهمية الفترة قبل العقدية في أنها في الواقع فترة الإعداد للعقد، فكلما كان هذا الإعداد جيداً كلما جاء العقد محققاً وملبياً لمصالح الطرفين، بما يحويه من شروط تحول دون نشوب أي نزاع بينهم ما أمكن.

هذا وتكتسب المفاوضات أهمية خاصة في عقود التجارة الإلكترونية، لأن هذا النوع من التعاقد هو تعاقد عن بـُعد، لذا لا يستطيع كل واحد من أطراف التفاوض التحقق من شخصية الطرف الآخر أو أهليته للتعاقد أو سلامة المستندات التي يقدمها، كذلك لا يستطيع التحقق من السلعة أو الخدمة المبيعة بشكل ينفي الجهالة، أي كيف يتأكد الراغب بالشراء أو طالب الخدمة من مصداقية العرض الإلكتروني ومشروعيته من حيث وجود البضاعة أو طالب الخدمة التي عرضها أحد الأشخاص من خلال موقعه أو ما يـُسمى بمتجره الافتراضي على شبكة الإنترنت، وإذا كانت السلعة أو الخدمة موجودة تثور مسألة التأكد من ملكيتها للعارض حتى يكون عرضه مشروعاً وذلك حماية للمستهلك من الاحتيال والأنشطة الوهمية[2].

إذن تقترن عقود التجارة الإلكترونية ببعض المخاطر بالنسبة للمشتري أو متلقي الخدمة، ومن شأن المفاوضات أن تقلل إلى حد كبير من هذه المخاطر، حيث يستطيع طالب الخدمة أو المشتري من خلال المفاوضات الاتصال بموقع التاجر صاحب العرض ليدرس العرض المقدّم

---

[1] لطفي، محمد حسام محمود (1995)، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص2.

[2] الشّماع، فائق، مرجع سابق، ص41-42.

منه، ويطلب ما يريد من المعلومات التي تساعد على التأكد من جدية ومشروعية العرض[1]، بل تمكنه بعض الأحيان من التجربة الافتراضية للسلعة أو الخدمة التي ستكون في المستقبل محلاً للتعاقد[2].

كما إن للمفاوضات تأثير على حياة العقد؛ لأن فيها تقع العوامل والأحداث التي من شأنها أن تعيب رضا أحد الأطراف كالإكراه، والغلط، والاستغلال، ولذلك يمكن القول بأن المفاوضات تعدّ بالنسبة للعقد بمثابة الأعمال التحضيرية بالنسبة للتشريع، إذ يرجع في المستقبل إلى إحداث المفاوضات كوسيلة لتفسير العقد إذا ما وجدت ضرورة لتفسيره[3].

يتبين مما تقدّم أن الهدف الأساسي من المفاوضات هو التقريب بين وجهات نظر أطراف العلاقة التعاقدية المستقبلية التي تكون في الغالب متباينة، إذ يحرص كل طرف على حريته في عدم التعاقد أو التعاقد بشروطه حتى لحظة الاتفاق النهائي.

---

(1) لا تقوم المفاوضات في العقود البسيطة قليلة الأهمية، حيث تكون فورية الانعقاد، وهي العقود المألوفة التي تقتضيها الحياة اليومية للناس كالعقد الذي نشتري بمقتضاه الصحف، أو الفاكهة، أو الملابس، وكعقد النقل بالقطار، أو بمصلحة نقل الركاب، وكالعقد الذي يتناول بمقتضاه الشخص الشاي في مقهى، أو الطعام في مطعم ... إلخ، حيث أن قلة أهمية مثل هذه العقود تصرف من يريد التعاقد عن التفكير في الالتزامات التي سيتحملها، وأحياناً تكون شروط العقد موضوعة سلفاً من جانب واحد، ولا يرضى أن يناقشها أو يعدل فيها من يريد التعاقد معه، وهذا هو مجال عقود الإذعان التي لا توجد فيها مفاوضات، ولكن في العقود ذات الأهمية الاقتصادية الكبيرة لا يتحقق التراضي ولا يقوم العقد إلا بعد مفاوضات قد تستغرق فترة طويلة من الزمن. راجع: حجازي، عبد الحي (1982). النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، مطبعة ذات السلاسل، الكويت، ص593؛ والحكيم، عبد المجيد (1993). الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، الأردن، ط1، ص165.

(2) عمار، صابر محمد (2002). المفاوضة في عقود التجارة الإلكترونية، بحث منشور عبر شبكة الإنترنت على الموقع: www.mohamoon.com/montada/messgedtails.asp>p.messageid.

(3) سعد، نبيل إبراهيم (1995). النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، ط1، ص143؛ والسرحان، عدنان، وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص88.

"وتأتي أهمية المفاوضات نظراً لما يدخل في نطاقها، ومنها: المقترحات الأولية التي يبديها أحد الطرفين كإعلان الرغبة في التعاقد حتى لو لم تصل الرغبة إلى حد الإيجاب البات، والمقترحات المضادة التي يتقدم بها الطرف الآخر، والمناقشات التي تتم بينهما سواء كانت هذه المناقشات مباشرة وجهاً لوجه أو غير مباشرة، أي تتم عن طريق وسائل الاتصال كما في حالة عقود التجارة الإلكترونية التي نحن بصددها، إذ يتبادل المتفاوضان وجهات النظر والمناقشة عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بُعد، فيناقشان ما سيكون أو ما يمكن أن يكون عليه مضمون العقد الذي يُراد إبرامه ويقدران مصلحة كل منهما فيما يضعانه من شروط[1]"، "كذلك يدخل في نطاق المفاوضات المعلومات والدراسات الفنية والاقتصادية والقانونية التي يتبادلها الطرفان بقصد الوصول إلى أفضل صياغة لعلاقتهما التعاقدية تكفل التحديد الدقيق لحقوق والتزامات كل منهما في المستقبل[2]"، "لكن يخرج عن نطاق المفاوضات دراسات الجدوى التي يقوم بها كل طرف على حدة لتقرير مصلحته في التعاقد، وكذلك الدراسات التي يستهدف أحد الأطراف من ورائها تقوية مركزه في التفاوض أو في التعاقد[3]".

---

[1] الكيلاني، محمود، مرجع سابق، ص190.

[2] النكاس، جمال فاخر، مرجع سابق، ص158.

[3] أبو زيد، محمد (2005). المفاوضات في الإطار التعاقدي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مصر، العدد الأول، السنة 47، ص168.

**المطلب الثالث: تمييز المفاوضات التمهيدية عن غيرها:**

لا بدّ من التمييز بين العقد والاتفاق وضرورة الفصل بينهما في مراحل التعاقد، كما أنه لا بد من تمييز مرحلة المفاوضات عن المرحلة العقدية التي تلي انعقاد العقد، وكذلك لا بد من تمييز مرحلة المفاوضات التمهيدية عن المفاوضات اللاحقة لإبرام العقد، ولا بد من تمييز هذه المرحلة عن الإيجاب.

وعليه سأبحث هذه المسائل تباعاً وذلك ضمن ثلاثة فروع.

**الفرع الأول: التمييز بين العقد والاتفاق وضرورة الفصل بينهما في مراحل التعاقد:**

في الوقت الذي استقر العمل على استخدام مصطلح "العقد" بشكل موسع، فإن استخدام مصطلح "الاتفاق" انحصر في العلاقات الدولية والتجارية والعمالية[1]، ولمعنى لغوي مدرسي، حين تعريف العقود، فيقال بأن عقداً ما هو "اتفاق إرادتين أو أكثر ... أو هو اتفاق على مال معين أو منفعة محددة ... إلخ". بل إن بعض التشريعات تخلط بين العقد والاتفاق في بعض الأحيان، فيستخدم مصطلح العقد للتدليل على أنواع من الاتفاقات، وهي حالة التشريع العراقي، حين ينظم قانون العمل رقم (71) لسنة 1987 وتعديلاته "عقود العمل الجماعية"، في حين أن المقصود هو "الاتفاقيات الجماعية"، التي ليس لها من الصفة العقدية إلا ما يرتبط بالتقاء إرادات أرباب العمل وإرادات العمال في سبيل تنظيم شؤون العمال، وشؤون المهنة[2]. ولا يعني ذلك بأن الخلط قائم في كل الحالات، فقد تنبه المشرّعان العراقي والأردني أحياناً لضرورة التفرقة بين العقد والاتفاق، ومن ذلك حين نظّملا يُ سمى "بالصور الخاصة بالتعاقد"، كالوعد بالتعاقد، والتعاقد بالعربون، وقد اهتما بتقسيم العقود بالنظر إلى دورها في مراحل التعاقد المختلفة. كذلك نجد الفقه

---

[1] بارود، حمدي، مرجع سابق، ص129.

[2] الحكيم، عبد المجيد (دون سنة نشر). الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول، في مصادر الالتزام، مطبعة نديم، بغداد، ط5، ص70.

الفرنسي المعاصر يذهب إلى ما هو أبعد من ذلك، فيستند بعضهم إلى التفرقة القديمة (عقد واتفاق) لتصنيف أنواع التقاء الإرادات، ولا سيما في المرحلة السابقة أو الممهدة للعقد[1]، وبذلك تعددت التسميات لهذه الصور بين عقود تمهيدية وعقود تحضيرية، واتفاقيات تمهيدية وتحضيرية، والاتفاق في المراحل المختلفة من تكوين وحياة العقد[2].

إذا كان مؤيدو التقسيم الذي يقوم على الفصل بين العقد والاتفاق لم يتوصلوا إلى مبررات قوية لتكريس هذا الفصل في بدايات هذا القرن، فإن التطور الحديث للعقود وتقسيم بعضها إلى مراحل تسبق إبرامها، يفتح الباب أمام إمكانية بعث هذا التقسيم على أسس ومبررات تشريعية ذلك أنّ المشّرع في بعض الدول نظّم العقود التمهيدية، وترك المجال مفتوحاً أمام الفقه والقضاء لتأكيد وجود اتفاقيات ممهدة للعقود، كما نظّم أنواعاً من هذه الاتفاقيات بنصوص خاصة، كاتفاقيات العمل الجماعية[3]. ويستند المشّرع في هذه الدول حين تكريس هذا التقسيم إلى أمرين:

**الأمر الأول: نية الأطراف؛** حيث تتجه إلى إبرام عقد تمهيدي، وقد تتجه في حين آخر إلى مجرد الاتفاق وبشكل مبدئي على التفاوض تمهيداً للتعاقد، من دون أن يكون لدى أي من هذه الأطراف نية التعاقد حالياً. فتصر الأطراف في مثل تلك الحالات، مع التأكيد كتابة، على عدم قيام أي عقد في مرحلة التفاوض، بل إن كل ما يتم الاتفاق في شأنه في هذه المرحلة لا يعدو أن يكون اتفاقاً ممهداً [4].

**الأمر الثاني: يرتبط بالمسؤولية عن عدم احترام أو عدم الالتزام بما تم التوصل إليه؛** فإن كنا أمام مشروع عقد تمهيدي، فإن المسؤولية تكون عقدية، بكل ما تعنيه هذه الصفة

---

[1] الدسوقي، محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص87.

[2] العلواني، فؤاد، الربيعي، عبد جمعة، مرجع سابق، ص24.

[3] كالقانون الفرنسي والأردني والمصري والكويتي والعراقي، الذي ينظّم اتفاقات العمل الجماعية وإن اختلفت في تسميتها. انظر: النكاس، جمال (1993)، قانون العمل المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص27.

[4] السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص262.

وما ترتبه من آثار في إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية وفي مدى التعويض[1]. في حين أن خرق المفاوضات وقطعها لا يترتب عليه أية مسؤولية، إلا إذا اقترن قطعها بخطأ سبب للطرف الآخر ضرراً، فيسأل عن قطعها عندئذ وتكون مسؤوليته تقصيرية لا عقدية[2].

**الفرع الثاني: تمييز المفاوضات التمهيدية عن المرحلة التي تلي انعقاد العقد وعن مرحلة التفاوض اللاحق لإبرام العقد:**

تتميز مرحلة التفاوض عن المرحلة العقدية التي تلي انعقاد العقد، في أن التفاوض المقصود به هو ذلك الذي يتم في المرحلة قبل العقدية، والذي ينتهي عادة إما بإبرام العقد أو بعدم الاتفاق على إبرامه، لذا فإن هذه المرحلة تتميز عن المرحلة العقدية، والتحديد الدقيق لمرحلة التفاوض قبل العقدية، يقتضي بداهة تحديد وقت نهايتها، لتكون الفترة قبل العقدية هي الفترة السابقة على ذلك، وهذه الفترة تنتهي بإبرام العقد وما يسبق هذا الإبرام يدخل في المرحلة قبل العقدية، وما يتلوه بداهة يدخل في المرحلة العقدية[3].

هذا وتتميز مرحلة التفاوض قبل المرحلة العقدية عن التفاوض اللاحق لإبرام العقد كأن يتفق المتعاقدان على التفاوض فيما بينهم كلما طرأ طارئ أو استجد أمر خلال تنفيذ العقد، أو أن يتفقا على التفاوض كوسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ خلال تنفيذ كل طرف لالتزاماته المترتبة عن العقد، لا شك أن المرحلة التي نحن بصدد دراستها إنما تتعلق بالمرحلة السابقة على إبرام العقد لا تنفيذه.

---

[1] عبد الباقي، عبد الفتاح (1984). موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص119.

[2] الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص70.

[3] بارود، حمدي محمود، مرجع سابق، ص129.

"تجدر الإشارة إلى أن عقود التنفيذ المستمر تتطلب تفاوضاً مستمراً، ويعد التفاوض في مرحلة التنفيذ ترجمة اقتصادية تعبر عن توازن قانوني سابق الوجود ولكنه لاحق لإبرام العقد، بينما التفاوض في مرحلة الانعقاد فهو ترجمة قانونية تعبر عن توازن اقتصادي سابق الوجود، كما ويلاحظ بأن الالتزام بالتفاوض في مرحلة التنفيذ يدخل إلى حد كبير في إطار العدالة، بينما التفاوض في مرحلة الانعقاد فيدخل في دائرة القانون حيث يجب أن يسود مبدأ حسن النية بما يحققه من عدالة طبقاً لما تقرره النصوص القانونية"[1].

**الفرع الثالث: تمييز المفاوضات التمهيدية عن الإيجاب:**

تتميز مرحلة المفاوضات التمهيدية عن الإيجاب الذي يعرف بأنه: ذلك التعبير عن الإرادة البات المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد الذي ينصب عليه إذا لحقه قبول مطابق[2]، وهو لا يكون كذلك إلا إذا صدر في صيغة عرض غير مشروط، متضمناً تحديداً واضحاً لكل الأركان الرئيسة للرابطة المزمع إنشاؤها[3].

فالذي يميز الإيجاب عن الدخول في مفاوضات في سبيل الوصول إلى عقد معين هو وجود أو عدم وجود النية القاطعة في الارتباط بالتعاقد، فإن وجدت هذه النية كنا أمام إيجاب بات، وإن لم توجد كنا أمام مجرد دعوة للدخول في مفاوضات[4].

---

(1) حسين، محمد عبد الظاهر (1998)، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثاني، السنة 22، يونيو، ص143.

(2) أحمد، محمد شريف (1999)، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة، عمّان، ط1، ص51.

(3) العوجي، مصطفى (1988). القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الموجبات في القانون اللبناني، مؤسسة سحبون، بيروت، لبنان، ط1، ص165.

(4) البدراوي، عبد المنعم (1980)، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، ص192.

فإذا كان التعبير مجرد دعوة إلى المفاوضة، فإن قبول هذه الدعوة لا يؤدي إلى إبرام العقد، ومن يصدر إيجاباً لا يستقر به الرأي في العادة على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد مفاوضات، ومن قبيل ذلك أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركان ذلك التعاقد، وعليه فالدعوة للدخول في مفاوضات حول هذا العرض تعد أولى مراحل الإيجاب[1].

"وللتفرقة بين ما يعد إيجاباً، من ناحية، وبين ما يعد مفاوضة بشأن العقد أو دعوة للتعاقد، من ناحية أخرى، أهمية كبرى، فالإيجاب خطوة مباشرة إلى العقد، فهو يوجه إلى الطرف الآخر، حتى إذا ما قبله قام العقد، ولا يسوغ بعد ذلك لمن وجه الإيجاب أن يتحلل منه، أما الدعوة للدخول في مفاوضات، فهي لا تتضمن أكثر من أن يستحث بها صاحبها الشخص الذي وجهت إليه على أن يتقدم للتعاقد معه، حتى إذا ما استجاب هذا إليها تقدم للأول بإيجاب، وعليه فإن الدعوة للدخول في مفاوضات خطوة إلى الإيجاب، في حين أن الإيجاب خطوة إلى العقد"[2].

هذا وقد عدّ المشرّعان العراقي والأردني النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بالعروض والطلبات الموجهة للجمهور أو للأفراد دعوة إلى التفاوض وليس إيجاباً في حالة الشك[3].

**المطلب الرابع: عناصر المفاوضات التمهيدية:**

تبدأ المفاوضات عادة بدعوة يوجهها أحد الأشخاص إلى الآخر للتفاوض من أجل إبرام عقد ما، فيلبي المدعو إلى التفاوض هذه الدعوة أو لا يلبي، فهذا أمر متروك لإرادته ولا التزام عليه في ذلك خاصة وأن الاتجاه التقليدي في الفقه، كما سيتبين لنا تفصيلاً، لا يسلم للمفاوضات

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص261.

[2] الذنون، حسن علي (1991)، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج1، شركة التايمس للطباعة، بغداد، ص183.

[3] انظر: المادة (2/80) مدني عراقي، والمادة (2/94) مدني أردني.

بأي فاعلية ملزمة، والمهم هو كيف نميز الدعوة إلى التفاوض عن الإيجاب المجرد[1]؟ وإذا تمخضت المناقشات التفاوضية عن إيجاب، فهل معنى ذلك انتهاء المفاوضات؟ أم أن هذا الإيجاب يعدّ عنصراً في المفاوضات، وبالتالي يظل خاضعاً للمناقشة؟

إن الدعوة إلى التفاوض باعتبارها العنصر الأول في المفاوضات، هي عبارة عن عرض يوجهه شخص إلى شخص معين أو إلى الجمهور لأجل الدخول في مناقشات بهدف الوصول إلى إبرام عقد معين، ويحاول كل طرف في هذه المناقشات أن يبذل ما في وسعه من جهد وبراعة ليتحدد مضمون العقد المراد إبرامه من حيث الحقوق والالتزامات وفق ما تقضي به مصلحته، وتتكون من خلال هذه المناقشات عروض يتم التفاهم بشأنها في صورة اتفاقات، ثم يقوم بعد ذلك طرفي التفاوض بجمع ما تّم الاتفاق عليه وصياغته من قبل كليهما أو إحداهما في مشروع إيجاب، "إذن فالهدف من الدعوة إلى التفاوض هو محاولة الوصول إلى تفاهم مشترك بين طرفي المفاوضات بشأن تثبيت أركان عقدهما المستقبلي، وما يريدان تضمينه من شروط، حتى يتسنى لهما صب هذا التفاهم المشترك في قالب إيجابي يتم توجيهه"[2].

إذن قد تسفر المفاوضات التي بدأت بدعوة إلى التفاوض وجهها أحد الطرفين إلى الآخر عن إيجاب ساهم الطرفين في إعداده، وهذا الإيجاب هو تعبير عن الإرادة المشتركة للطرفين، ولهذا يُسمى بالإيجاب المشترك مما يرتب التزاماً على الطرفين.

---

[1] إذا كان الأصل أن المفاوضات تبدأ بدعوة لا تتضمن نية الالتزام، فإنها قد تبدأ بإيجاب بات يوجهه الموجب إلى شخص معين أو غير معين، ثم يرفض هذا الإيجاب، وتدور بين الطرفين مناقشات، وتتعاقب العروض بينهما إلى أن يتم الوصول إلى مشروع إيجاب أو الانصراف عن التفاوض. راجع: مرقس، سليمان (1973). الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، مطبعة السلام، شبرا، ص173.

[2] النكاس، جمال فاخر، مرجع سابق، ص145.

وقد تتمخض الدعوة إلى التفاوض عن عروض متقابلة بين الطرفين، ويتفق الطرفان على نقطة أو نقاط عدة في موضوع هذه العروض، لكن لا يرقى هذا الاتفاق إلى مرتبة العقد المنتظر والمستهدف الوصول إليه، إنما هو مجرد تمهيد للمفاوضات وذلك بتثبيت النقاط التي تصلح أساساً لمشروع العقد وذلك بتثبيت أحد أركان العقد المستقبلي أو شرط في هذه الأركان، وإذا كان هذا الاتفاق لا يعدّ عقداً فإنه لا يعدّ أيضاً إيجاباً، لأن الإيجاب لا بدّ أن تجتمع فيه الأركان والشروط الجوهرية كافة لتظهر نية الالتزام بصورة واضحة ومحددة، وحتى إذا اشتملت هذه الاتفاقات عند الجمع بينها على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، فإنها لا تكون عقداً، لأن إرادة الالتزام وإن كان من الجائز أن تتكون على خطوات، إلا أنها لكي ترتب أثرها يجب أن تظهر كاملة دفعة واحدة، وهي لا تبدو كذلك إلا عندما تخرج متشحة بالرد الكامل للعقد الذي تستهدفه[1]، إذاً فإن أثر هذه الاتفاقات ينحصر في إمكانية اعتبارها أساساً للتفاوض، كالاتفاق على طبيعة العقد، ومدته، وكيفية حساب الأسعار، ويكون لها أهمية في مرحلة تنفيذ العقد وذلك عندما يتعذر الوقوف على إرادة الطرفين بشأن نقطة معينة، فيرجع إلى هذه الاتفاقات لبيان هذه الإرادة، وإكمال ما نقص من العقد[2].

يتبين مما تقدّم أن معيار التمييز بين الدعوة إلى التفاوض والإيجاب يتمثل في العزم النهائي على إبرام العقد، فكل ما يسبق العزم النهائي ويستهدف مجرد التحضير له أو التمهيد له لا يعدّ من قبيل الإيجاب بل هو من قبيل المفاوضات أو من قبيل الدعوة إلى التفاوض، فإذا اتضح من ظروف الحال أن العرض ينم عن عزم صاحبه على إبرام العقد مباشرة أي بمجرد أن يقبله الموجب له، كنا بصدد إيجاب، أما إذا نّم العرض عن مجرد الرغبة في التمهيد أو التحضير

---

[1] بارود، حمدي، مرجع سابق، ص25.

[2] زكي، صلاح الدين (1993). تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص80.

للعقد المراد إبرامه، كنا بصدد دعوة إلى التفاوض، فقوام هذا المعيار أمران جوهريان، هما: الأول العزم النهائي من قبل مقدّم العرض على إبرام العقد، فلا يكفي مجرد الرغبة فيه إذا لم تحصل إلى حدّ البت، والثاني أن يحصل العرض المتضمن العزم النهائي على إبرام العقد في صورة، بحيث أن مجرد صدور قبوله من الطرف الآخر يؤدي إلى قيام العقد، ويتطلب هذا الأمر أن يتضمن العرض، لكي يرتقي إلى مرتبة الإيجاب، العناصر الجوهرية للعقد[1].

لذلك يعدّ العرض المتضمن الرغبة في إبرام عقد ما دون بيان كل أركانه مجرد دعوة إلى التفاوض (دعوة إلى التعاقد) [2].

استناداً إلى ما تقدّم، يعدّ من قبيل الدعوة إلى التفاوض مَنْ عزم على إبرام الصفقة بمجرد أن يصدر القبول ممن وجه إليه العرض، إعلان شخص عبر موقعه على الإنترنت عن سلع وخدمات حتى لو كان هذا الإعلان مصحوباً بإرسال الأسعار التي يتعامل بها هذا المتجر الافتراضي الموجود على شبكة الإنترنت، وسواء كان هذا العرض موجه إلى الجمهور أو إلى مواقع أفراد معينين على شبكة الإنترنت[3]، وأيضاً يعدّ من قبيل الدعوة إلى التفاوض دعوة المصارف للجمهور لفتح الحساب وأيضاً يعدّ من قبيل الدعوة إلى التفاوض لأنه لا يتضمن العزم النهائي على إبرام العقد العرض الذي يوجه إلى الجمهور إذا اتضح من الظروف أن شخصية من يُراد التعاقد معه محل اعتبار أساسي في التعاقد، بحيث يكون لصاحب العرض أن يختار من

---

(1) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص71-72.

(2) الشرقاوي، جميل (1981). النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ص272؛ وعبد الباقي، عبد الفتاح (1984). نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ص122-123.

(3) لطفي، محمد حسام، مرجع سابق، ص14؛ وعمار، صابر محمد، مرجع سابق، ص28؛ ونصت المادة (2/80) من القانون المدني العراقي على: "أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد، فلا يعدّ عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض"، وهو ذات نص المادة (2/94) مدني أردني.

يريده، مثال ذلك أن تعلن شركة عبر موقعها على الإنترنت عن حاجتها إلى موظف، فمثل هذا الإعلان لا ينطوي على إيجاب بل على مجرد دعوة للتفاوض حتى لو تضمن هذا الإعلان الأركان والشروط الجوهرية المراد إبرام العقد على أساسها، كما إذا ذكر في الإعلان المؤهلات المطلوبة في الموظف، ومقدار الراتب، والسبب في عدم اعتبار هذا العرض إيجابياً لأن الشركة لا تقصد أن تتعاقد مع كل من يتقدم بالرد على عرضها، بل إن الشركة تريد بهذا العرض أن تستحث من تتوفر فيهم الشروط المطلوبة على التقّدم إلى التفاوض معها لتتخير من بينهم الشخص الذي تعتقد أن الكفاءة المطلوبة تتوفر فيه[1].

نخلص مما تقّدم إلى أن وجود أو عدم وجود النية الجازمة في إحداث الأثر القانوني هي الحد الفاصل بين الإيجاب وبين الدعوة إلى التفاوض، فإن وجدت هذه النية تكون أمام إيجاب بات، وتظهر أهمية التمييز بين الإيجاب وبين الدعوة إلى التفاوض في حالة صدور القبول، إذ إن الإيجاب خطوة مباشرة إلى العقد، لذلك فإذا صادف القبول إيجاباً باتاً، تّم العقد وظهرت الالتزامات على عاتق كل من الطرفين، أما إذا صادف القبول مجرد دعوة إلى التفاوض، فلا نكون أمام عقد[2].

وهكذا نجد الدعوة إلى التفاوض خطوة إلى الإيجاب، في حين أن الإيجاب خطوة إلى العقد.

يبقى الشق الثاني من السؤال الذي تّم طرحه في بداية هذا المطلب: إذا تمخضت المفاوضات عن إيجاب، فهل يعني هذا انتهاء المفاوضات؟ أم أن المفاوضات تستمر على هذا الإيجاب باعتباره عنصر في المفاوضات؟

---

[1] أبو زيد، محمد، مرجع سابق، ص158؛ وبارود، حمدي، مرجع سابق، ص140؛ والنكاس، جمال فاخر، مرجع سابق، ص164.

[2] الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص137.

للإجابة عن هذا السؤال يجب أن نحدد متى تنتهي المفاوضات، هي تنتهي المفاوضات بصدور الإيجاب أم أنها تنتهي بإبرام العقد؟

إن المفاوضات تهدف إلى تحديد شروط التعاقد وطبيعة العقد المراد إبرامه وصولاً إلى إبرام العقد، وإن كل واحد من المتفاوضين يحرص على حريته في عدم التعاقد حتى يتأكد من أن التعاقد في مصلحته، إذاً تنتهي المفاوضات بإبرام العقد وليس بصدور الإيجاب، فرغم أهمية الإيجاب، يعدّ جازماً وباتاً بالتعاقد لتضمنه العناصر الجوهرية للعقد المستقبلي، إلا أنه يظل إرادة صادرة عن جانب واحد هو الموجب، والعقد لا يقوم إلا إذا طابقت هذه الإرادة إرادة أخرى في مجلس العقد هي القبول الصادر من الموجب له[1]، وفي هذا المجال تنص المادة (85) من القانون المدني العراقي على أنه: "إذا أوجب أحد العاقدين يلزم لانعقاد العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب"، إذن لكي يبرم العقد يجب أن يصدر القبول مطابقاً للإيجاب، ويجب أن يطابق القبول الإيجاب في المسائل الجوهرية للعقد حتى وإن لم يحصل تطابق في المسائل التفصيلية[2]، ويُقصد بالمسائل الجوهرية العناصر اللازمة لانعقد كل عقد، وكذلك المسائل التي ما كان الطرفان يقبلان للتعاقد دون الاتفاق عليها كالثمن، والمبيع بالنسبة للبيع، أي المسائل التي كون لها وفق النظام الطبيعي للأشياء أثر جدي في تكوين إرادة المتعاقدين، وهذه مسألة وقائع تترك لتقدير قاضي الموضوع[3].

---

[1] البدو، أكرم، وعبد الله، محمد، مرجع سابق، ص434.

[2] نصت المادة (86) من القانون المدني العراقي على أنه: "1- يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها، أما الاتفاق على بعض المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو ثبت هذا الاتفاق بالكتابة، 2- وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية، يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل، فيعدّ العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة"، وهو ذات نص المادة (100) مدني أردني.

[3] حجازي، عبد الحي، مرجع سابق، ص628.

ويتمتع القاضي في تحديد المسائل الجوهرية وتمييزها عن المسائل الثانوية (التفصيلية) التي لا يتوقف عليها التعاقد بسلطة واسعة لا تخضع لرقابة محكمة التمييز، لكن على القاضي في تحديده للمسائل الجوهرية أن يستدل ويتقيد بإرادة الطرفين الصريحة أو الضمنية وبما تقرره مبادئ العدالة وعرف التعامل، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد بأن تحديد طريقة دفع الثمن، وتاريخ تسليم المبيع هي مسائل تفصيلية، ولكن إذا ثبت للقاضي أنها جوهرية في نظر أحدهما، فلا ينعقد العقد لعدم مطابقة القبول للإيجاب، فإذا علق الموجب له قبوله على تحديد طريقة تسديد الثمن وانعدمت المطابقة بشأن هذه المسألة فلا ينعقد العقد. وقضت محكمة استئناف Rouen الفرنسية بأن: "عدم اتفاق أطراف العقد على تحديد مدة تسليم السيارة المستعملة ووقت دفع الثمن يعدّ سبباً لعدم انعقاد العقد، لأن تحديد مدة التسليم ودفع الثمن يكونان عنصرين جوهريين في العقود الواردة على السيارات المستعملة، حيث جرى العرف وطبيعة التعامل على أن مثل هذه السيارات تتغير حالتها وقيمتها بسرعة"(1).

ورغم أن المشرّع العراقي والأردني لم يضعا قواعد معينة لتنظيم المفاوضات العقدية، إلا أنه بمقتضى المادة (86) من القانون المدني العراقي والمادة (100) من القانون المدني الأردني يعترف بها باعتبارها مرحلة قد توصل إلى إبرام العقد النهائي إذا اتفق طرفا التفاوض على المسائل الجوهرية الأساسية وإن لم يتفقا خلال المفاوضات على المسائل التفصيلية الثانوية، إلا إذا علق الطرفان انعقاد العقد على اتفاقهما على المسائل الثانوية.

يخلص الباحث مما سبق، أنه إذا تمخضت المفاوضات عن إيجاب، فهذا لا يعني انتهاء المفاوضات، فالمفاوضات تنتهي عند إبرام العقد النهائي بمطابقة القبول لهذا الإيجاب، ولكن بالمقابل نجد أن الإيجاب، وإن لم يصل إلى حد إنهاء المفاوضات، إلا أن له أثر كبير في دفع

---

(1) نقلاً عن: السرحان، عدنان، وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص68.

المفاوضات إلى الأمام، "لأنه تعبير محدّد ودقيق يجعل العقد وشيك الانعقاد، إذ لا يبقى لإبرام العقد إلا قبول الموجب له والذي قد يكون بكلمة واحدة، بل إن مجرد السكوت يعدّ قبولاً في بعض الحالات"[1].

يتبين مما تقدم أنه لا تثور مشكلة إذا أسفرت المفاوضات عن إيجاب بالمعنى القانوني صادفه قبول مطابق، ففي هذه الحالة ينشأ العقد ملزماً لأطرافه، ولا مشكلة أيضاً إذا صادف الإيجاب رفضاً صريحاً، فهذا يعني انتهاء المفاوضات بالفشل، ويمكن أن تستمر المفاوضات على الإيجاب باعتبارها عنصراً فيها وذلك عندما لا يقبل المتفاوض الإيجاب لكنه يتقدم بتعديلات جوهرية على هذا الإيجاب تتضمن إضافة شروط وحذف شروط، في هذه الحالة نكون بصدد اقتراح مقابل يسقط الإيجاب الأول ويتضمن في ذات الوقت إيجاب جديد[2]، وتجري المفاوضات على هذا الإيجاب حتى تنتهي بالتعاقد أو بالفشل، والأصل أن الإيجاب غير ملزم لمن صدر عنه، فيستطيع الموجب أن يرجع عن هذا الإيجاب طالما بقي مجرد إيجاب ولم يقترن به قبول، وفي هذا المجال تنص المادة (84) من القانون المدني العراقي على أنه: "إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزام بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد"، فهذا النص يفرض على الموجب التزاماً بالبقاء على إيجابه إذا حدد مدة للطرف الآخر ليقبل في خلالها أو يرفض[3].

---

(1) نصت المادة (81) من القانون المدني العراقي على أنه: "1- لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان قبولاً، 2- ويعدّ قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه"، وهو ذات نص المادة (95) مدني أردني.

(2) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص219-220؛ وقد نصت المادة (2/99) مدني أردني صراحةً على أن القبول المعدل للإيجاب يعدّ إيجاباً جديداً، وقد جاء فيها: "إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيده أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً"، ورغم عدم وجود نص في القانون المدني العراقي يقابل هذا النص، فإني أراد كباحث أن الحكم الذي جاءت به يؤخذ به القانون العراقي لأنه لا يحتاج إلى نص.

(3) وهو ذات نص المادة (98) مدني أردني.

إن مصدر التزام الموجب هذا هو إرادته المنفردة، فهو إذاً لا يلتزم بالبقاء على إيجابه في مجلس العقد إذا لم يحدد ميعاداً لقبول إيجابه، ومعنى إن الموجب لا يلتزم بإيجابه، أنه يسوغ له أن يرجع عنه قبل أن يقترن به قبول الطرف الآخر[1].

[1] عبد الباقي، عبد الفتاح، مرجع سابق، ص127؛ والحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص141.

**المطلب الخامس: الظروف المحيطة بالمفاوضات التمهيدية:**

من خلال بيان معنى المفاوضات التمهيدية للتعاقد يتضح أن لهذه المفاوضات ظروفاً تحيط بها، وتتمثل هذه الظروف بالآتي:

**أولاً :** أن تتناول المفاوضات العقود ذات الأهمية الاقتصادية والمالية الكبيرة، ونظراً لذلك، فإنها تأخذ وقتاً يتناسب مع قيمة هذه العقود وأهميتها. فمن الناحية العملية، فإن تقسيم التصرفات القانونية السابقة على العقد إلى عقود واتفاقات يتناسب مع متطلبات الكثير من العقود الحديثة، فكم من عقد في العمل يحتاج إلى عقد أو عقود أخرى تمهد له، ومن ذلك مثلاً شراء العقار الذي يمهّد له بعقد قرض يتم من خلاله توفير المبلغ، وكم من عقد يمهد له باتفاق لا بعقد آخر، ويكون مؤداه تأكيد التزام الأطراف بالتفاوض للوصول إلى العقد النهائي كعقد بيع المؤسسات والشركات الكبرى[1].

**ثانياً:** نظراً لأن المفاوضات تأخذ وقتاً طويلاً واجتماعات عديدة والتي قد تجري في أكثر من مكان، فهي عندئذ تصبح أمراً مكلفاً مالياً للطرفين، لذلك فإن أي فشل في المفاوضات، يعني الخسارة المادية للطرفين، والعكس صحيح.

**ثالثاً:** في كثير من الأحيان تتم المفاوضات عبر وكلاء، وهذا يتطلب فهم الرجوع للأصيل لأخذ موافقته أو رأيه على بعض الأمور المتفاوض بشأنها، ويترتب على ذلك في الغالب إطالة أمد المفاوضات وزيادة كلفتها المالية[2].

**رابعاً:** التفاعل والاتصال بين طرفي التفاوض؛ بقصد تبادل وجهات النظر حول موضوع العقد وشروطه.

---

(1) داود، أحمد حمد، مرجع سابق، ص76-77.

(2) نصير، يزيد أنيس، مرجع سابق، ص210-211.

**خامساً:** وجود مصالح متناقضة بين طرفي العملية التفاوضية، مما يترتب عليه المناقشة المطّولة حول موضوع العقد وشروطه، وبيان موقف كل طرف من عرض الطرف الآخر[1].

**سادساً:** إن الغاية من المفاوضات، هي الوصول إلى اتفاق يحقق المصلحة لكل طرف من الطرفين المتفاوضين[2].

**المطلب السادس: صور المفاوضات التمهيدية:**

هناك صور للمفاوضات التمهيدية للتعاقد منها الاتفاق على مبدأ التفاوض، والاتفاق على تأجيل التوقيع، وصورة الاتفاق على التوقيع بالأحرف الأولى، وصور الوعد بالتفضيل. وعليه سأبحث هذا المطلب في أربعة فروع.

**الفرع الأول: الاتفاق على مبدأ التفاوض:**

وهو اتفاق يتعلق بتنظيم المفاوضات ذاتها مثل: أين ومتى ستبدأ المفاوضات؟ ومن سيمثل الأطراف فيها؟ وما اللغة التي ستستعمل ومن سيتحمل مصاريف؟ ... إلخ، حيث يتم التطرق فيه لعموميات تتعلق بالأطراف وبمحل المفاوضة ومكانها وزمانها كأن يتقابل الأطراف في الجولة الأولى من المفاوضات مع بعضهم البعض فيتعرف كل منهما على الآخر ويتناقشا حول المسائل المتعلقة بالتعاقد المطلوب من خلال عرض حاجة طلب التعاقد ومدى إمكانية الطرف الآخر على تلبية ذلك، ثم يتفقا على مكان وزمان الجولة الثانية من المفاوضات، فهنا

---

(1) سليمان، شيرزاد عزيز، مرجع سابق، ص337.

(2) السرحان، عدنان، وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص92.

يبدأ الاتفاق على مبدأ التفاوض عن طريق دعوة إلى التعاقد من أحد الأطراف ويقوم الطرف الثاني بتلبية هذه الدعوة لذا فهو يعدّ اتفاق إجرائي بحت[1].

**الفرع الثاني: الاتفاق على تأجيل التوقيع:**

يجري العمل في بعض حالات التفاوض أن يتحفظ أحد الأطراف أو كلاهما بالحق في تأجيل التوقيع على العقد النهائي، وقد يفهم من هذا الاتفاق أنه لا يتم إلا بعد أن يكون المتفاوضين قد اتفقوا على جميع المسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد[2]، ولكنني أرى إمكانية حدوث مثل هذا الاتفاق في أي مرحلة من مراحل المفاوضة، ولو حتى في الجولة الأولى منها ما دام أن الغاية منه تتمثل غالباً في التهرب من المسؤولية المترتبة عن قطع المفاوضات، والسند في ذلك، هو مبدأ سلطان الإرادة الذي يجيز للأطراف الاتفاق على ما يشاؤون ما لم يخالف النظام العام والآداب العامة.

**الفرع الثالث: الاتفاق على التوقيع بالأحرف الأولى:**

يقصد بالتوقيع بالأحرف الأولى إعطاء أطراف المفاوضة الذين وقعوا بهذه الأحرف الحق في الرجوع والتشاور مع الجهات العليا التي يعمل فريق التفاوض من خلالها أو لصالحها، وقد يراد به مراجعة بنود ما اتفق عليه مراجعة متأنية[3].

---

[1] بارود، حمدي محمود، مجلة جامعة الأزهر، غزة، سلسلة العلوم الإنسانية، (2010)، المجلد 12، العدد 1، ص723.

[2] السرحان، عدنان، وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص104.

[3] الحفناوي، محمد (2002). المفاوضات في عقود التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، ص86.

وعليه، فهذا التوقيع يعني مجرد تحديد لما أسفرت عنه المفاوضات بين الطرفين من نقاط تفاهم بينهما، فهي مفاوضات محررة، لا يتحول إلى اتفاق نهائي إلا بعد التوقيع عليه توقيعاً تاماً بالأحرف الكاملة للأسماء[1].

**الفرع الرابع: الوعد بالتفضيل:**

وهو اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد أطراف التفاوض، أو كل منهما إذا ما قرر التفاوض بشأن عقد معين في المستقبل أن يفضل الطرف الآخر على غيره في التفاوض، لا شك فإن الوعد بالتفضيل اتفاق يتم بإيجاب من الواعد وقبول من الموعود له ويمهد فقط لتفاوض محتمل لعقد معين، ولا شك أيضاً في أن الواعد يقيد من حريته بمحض إرادته حينما يخول شخص آخر حق الأفضلية في التفاوض فيعده بأن يفضله على غيره إذا ما أراد يوماً أن يتفاوض لإبرام عقد معين ويتم عادة هذا الوعد بعد أن يكون كل الأطراف على دراية كاملة بطلبات وإمكانيات الآخر[2].

## المبحث الثاني

## مبادئ المفاوضات التمهيدية للتعاقد وقيمتها القانونية

لا بدّ من بيان المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المفاوضات التمهيدية للتعاقد في المطلب الأول، وكذلك لا بد من الوقوف على القيمة القانونية لهذه المفاوضات في المطلب الثاني.

---

[1] يحيى، عبد الودود (1994). الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص153.

[2] بارود، أحمد حمدي، مرجع سابق، مجلة جامعة الأزهر، غزة (2010)، المجلد 12، العدد 1.

**المطلب الأول: المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المفاوضات التمهيدية للتعاقد:**

هناك مبادئ أساسية يجب مراعاتها عند الدخول في مفاوضات مع طرف آخر بهدف الوصول إلى أفضل الشروط والنتائج لتحقيق الغاية التي يسعى الطرفان للوصول إليها، ويمكن إجمال هذه المبادئ في مبدأين، هما: مبدأ حرية التعاقد ومبدأ حسن النية، فبموجب مبدأ حرية التعاقد يستطيع أطراف التفاوض كل بحسب ما يراه، وضع حد لهذه المفاوضات التي بدأها لأن الحرية تعني إمكانية السير في مفاوضات عدة في آن واحد لاختيار الأفضل منها، أما مبدأ حسن النية – وهو سيكون محل دراسة تفصيلية في الفصل الثاني من هذه الدراسة – فيقتضي من أطراف المفاوضات أن يتفاوضوا بشرف وأمانة وثقة متبادلة[1]، ومنعاً للتكرار سنرجئ دراسته ضمن الالتزامات المترتبة على المفاوضات في الفصل الثالث.

ويتفرع عن هذين المبدأين أمور عدة أساسية تقوم عليها المفاوضات، هي:

**أولاً**: قبل التفاوض على كل طرف أن يكتشف العناصر الأساسية أو القضايا التي يمكن أن تثير اهتمام الطرف الآخر، وعدم القيام بأي تصرف من شأنه إثارة الشكوك لدى الطرف الآخر، وأن يقوم كل طرف بتحديد الأهداف والتطلعات المتوقعة[2].

**ثانياً:** المرونة وعدم التشدد في اتخاذ المواقف أثناء التفاوض، وأن يحددا أهدافه التي يرغب التفاوض حولها، وأن يكون مستعداً للأخذ والعطاء، فالمفاوضات عبارة عن عملية مساومة على العقد المتفاوض بشأنه[3].

---

(1) حداد، رومان (2000)، حسن النية في تكوين العقد، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، ص43.

(2) انظر: التزامات أطراف علاقات التجارة الدولية في مرحلة المفاوضات، ج4، بحث منشور على شبكة الإنترنت، موقع منتديات شبكة عمران القانونية، تاريخ الدخول: 2013/2/22، ساعة الدخول: الخامسة مساءً.

(3) العلواني، فؤاد، والربيعي، عبد، مرجع سابق، ص15.

**ثالثاً:** معرفة نقاط القوة والضعف للطرف الآخر، ويتم ذلك من خلال اللقاءات الأولية بين أطراف التفاوض أو من خلال معرفة سابقة بينهم، فالمفاوض يرغب بتحقيق المكاسب التي تتماشى مع مصالحه، وعند توقيع العقد يجب أن تكون بنود العقد ترجح كفة الطرف الآخر، فالطرف الذي ارتضاها أثناء التفاوض، ومن ثم التعاقد قد لا يقبل منه الاحتجاج بأن الالتزامات المترتبة عليه تجاوز توقعاته[1].

**رابعاً:** لا بدّ من إعطاء وقت كافٍ لأطراف التفاوض من أجل الحوار والتعبير عن وجهات النظر وما يسعى كل طرف لتحقيقه، حيث أن مثل هذه التصرفات ستمكن كل طرف من ترتيب حساباته وطلباته، وعلى المتفاوض أن لا يشعر الطرف الآخر بأنه على عجلة من أمره، وأنه يرغب بالوصول إلى اتفاق بأسرع وقت لأن ذلك سيفهم بأنه علامة ضعف يستغلها الطرف الآخر[2].

**خامساً:** لا بدّ من ملاحظة الملامح والمؤشرات التي تظهر على المتفاوضين مثل تعبيرات الوجه، ويجب على المفاوض الذي يوجد لدى الشركة التي يمثلها بعض نقاط الضعف أن يتهيأ للرد عليها وتلافيها عندما يتعرض المفاوض الثاني إلى تلك النقاط[3].

**سادساً:** أن يراعي أطراف التفاوض أي ظرف متوقع حدوثه خلال الفترة التي يتم فيها تنفيذ الاتفاق بحيث يتم تجهيز الحلول لأي مشكلة متوقعة مسبقاً[4].

---

[1] المهدي، نزيه محمد الصادق (2004)، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته، دار النهضة العربية، القاهرة، ص130.

[2] الحفناوي، محمد، مرجع سابق، ص90.

[3] سليمان، شيرزاد، مرجع سابق، ص340.

[4] نصير، يزيد أنيس، مرجع سابق، ص212.

**المطلب الثاني: القيمة القانونية للمفاوضات التمهيدية للتعاقد:**

إن الاتفاقات التي تتم في مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد لا يربط بينها إلا رباط واحد، وهو كونها تصدر في مرحلة واحدة، هي المرحلة قبل العقدية، وهي تتفاوت في قيمتها القانونية، فمنها ما هو عديم القيمة القانونية، حيث لا يولد إلا التزامات أدبية بحتة، ومنها ما يولد التزامات قانونية حقيقية، وعليه سأقسم هذا المطلب إلى فرعين؛ الفرع الأول يتناول الاتفاقات عديمة القيمة القانونية، والفرع الثاني يتناول الاتفاقات ذات القيمة القانونية.

**الفرع الأول: الاتفاقات عديمة القيمة القانونية:**

وهذه الاتفاقات تتمثل في:

**1. الدعوة إلى التفاوض:**

"فهنا نكون أمام مجرد دعوة للتفاوض، طالما أن إيجاباً لم يصدر بعد، حتى وإن صدر هذا الإيجاب ولم يلق قبولاً مطابقاً، وإنما اقتصر هذا القبول على تعديل في الإيجاب، حيث يعدّ إيجاباً جديداً صادراً من الموجب له، يحتاج لقبول جديد"[1].

"فهذه الدعوة ليست عرضاً جازماً ولا تعبر عن إرادة مصممة وعامة نهائياً على إبرام العقد إذا ما صادفها قبول مطابق، وحتى ترقى هذه الدعوة إلى مرتبة الإيجاب، يجب أن تكون متضمنة على الأقل لطبيعة العقد المزمع إبرامه وشروطه الأساسية، بحيث لا يتبقى لانعقاد العقد سوى صدور قبول مطابق، فإذا لم يكن كذلك كنا بصدد دعوة للتفاوض أو مجرد أعمال تحضيرية، لذا فالمرحلة قبل العقدية تستمر حتى صدور قبول مطابق للإيجاب، أما إذا صدر قبول غير مطابق فإن المرحلة التفاوضية تظل مستمرة"[2].

---

[1] بارود، حمدي محمود، مرجع سابق، ص139.

[2] الحفناوي، محمد، مرجع سابق، ص56.

**2. حالة تأجيل التوقيع النهائي:**

إن الحالة التي نحن بصددها هنا تتمثل في مجرد تحرير ما تم التفاهم بشأنه في وثيقة لا تحمل أي توقيع.

ويحدد عادة عند تأجيل التوقيع مدة معينة يتم خلالها التوقيع، وحتى في حالة عدم تحديد المدة، يكون مفهوماً للأطراف أن العقد لا يكتمل إلا بهذا التوقيع، ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "تطابق الإيجاب والقبول على شروط عقد معين، ولكن مع تعليق استعداد الطرفين للتعاقد على شرط معين أو توقيعه بزمن، فإن هذا التطابق لا يكون عقداً، بل مجرد مشروع عقد لا يقيد أياً من الموجب أو القابل، فلا زال الطرفان في مرحلة مشروع العقد، مما مقتضاه أن هذا المشروع لا يكون ملزماً لأي من الطرفين، ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام العقد، ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء"[1].

وقضت محكمة النقض المصرية أن: "الاتفاق على ضرورة التوقيع على ما تم الاتفاق بشأنه خلال مرحلة التفاوض يجعل العقد لا ينعقد إلا بالتوقيع عليه، وإن كان الأصل أن اشتراط الكتابة في العقود الرضائية إنما يكون لمجرد إثباتها إلا أنه ليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من تعليق انعقاد العقد على التوقيع على المحرر المثبت له، إذ ليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام واستخلاص قصد المتعاقدين من هذا الشرط هو مما يستقل به قاضي الموضوع". وعليه لا يكفي للقول بانعقاد العقد مجرد توافق الإرادتين متى كان الاتفاق بينهما على تأجيل

---

[1] بارود، حمدي محمود، مرجع سابق، ص139-140.

توقيع العقد، وإن هذا التوقيع لم يتم، فلا يعدو ما تم بينهما أن يكون مجرد مشروع اتفاق، يخلو من كل قيمة قانونية"[1].

وعليه أيضاً يظل الموجب على إيجابه إلى أن ينتهي الأجل المحدد للتوقيع، ويفترض أن تأخذ الرغبة في التوقيع المتأخر نفس الحكم المقرر للقبول المتأخر فلا يؤدي لانعقاد العقد، لأن الإيجاب يسقط بانقضاء المدة، وهذا ما يؤكده نص المادتين (84) مدني عراقي، و (98) مدني أردني. "ولكن يرى جانب من الشّرّاح أنه يمكن اعتباره إيجاباً جديداً مما يفتح من جديد باب التفاوض"[2]، إلا أنني كباحث أرى خلاف ذلك، ذلك أن القبول إذا اقترن بما يزيد في الإيجاب أو يقيده أو يعدل فيه، ففي هذه الحالة يعدّ رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً.

**3. الاتفاق على التوقيع بالأحرف الأولى:**

"فهو يثير صعوبة أكثر مما يثيره تأجيل التوقيع، لأننا أمام حالة فيها اتفاق على كل المسائل التي جرى التفاوض بشأنها، وتم توقيع هذا الاتفاق ولكنه بالأحرف الأولى فقط، ولبحث القيمة القانونية لهذا الاتفاق، فإن التوقيع في مفهومه القانوني التقليدي يجب أن يتضمن كتابة الاسم واللقب كاملين، وعليه فإن التوقيع اللازم في الورقة العرفية لا يتوافر في هذه الحالة، ومن ثم فإن ما تم الاتفاق عليه لا يعدو أن يكون مشروعاً يحتمل الاعتماد أو عدمه، كما وأن التوقيع بالأحرف الأولى لا يفيد في اتجاه نية الطرفين في الارتباط التام بل العكس هو الصحيح، يفيد في عدم اتجاه نية الطرفين إلى التعاقد تعاقداً تاماً، لأن العقد لا يتم إلا بالتوقيع النهائي"[3]، وقضت محكمة النقض المصرية بأن: 'التعاقد لا يعدّ تاماً ملزماً بمجرد تدوين نصوصه كتابة

---

[1] نقض مدني رقم 1972/12، مجموعة المكتب الفني، السنة 26، الرقم 1593، ص491؛ نقلاً عن: أبو زيد، محمد، مرجع سابق، ص178.

[2] حسين، محمد عبد الظاهر، مرجع سابق، ص148.

[3] بارود، حمدي محمود، مرجع سابق، ص140.

حتى ولو تم التوقيع عليها، بل لا بد من قيام الدليل على تلاقي إرادة المتعاقدين على قيام الالتزام ونفاذه"[1].

نخلص مما سبق إلى أن الاتفاق الموقع بالأحرف الأولى لا يعدّ عقداً ؛ لأنه لا يحمل توقيعاً بالمفهوم القانوني التقليدي، ولأن نية المتفاوضين لم تتجه لإبرام العقد ونفاذه.

**الفرع الثاني: الاتفاقات ذات القيمة القانونية:**

لقد بينا فيما سبق من خلال تعريف المفاوضات التمهيدية بأنها: "هي المرحلة التي يتبادل فيها أطراف العلاقة المستقبلية وجهات النظر ويناقشون الشروط التي يضعونها سوية بقصد تحديد محتوى العقد دون أن يكونوا راغبين من إبرام هذا العقد والوصول به إلى نهايته"[2]. فإن كل ما يسبق مرحلة انعقاد العقد ليست إلا مفاوضات ممهدة لانعقاد العقد وفق ما يراه الفقه التقليدي، والذي يرى أيضاً بأن القانون لا يرتب في الأصل على هذه المفاوضات أثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد.

مما يثير خلافاً كبيراً في مسألة القيمة القانونية للمفاوضات في الفقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي، حيث انقسم بشأنها رأيين هما[3]:

**الرأي الأول:**

يرى عدم الاعتراف بأي قيمة قانونية لأي عمل يسبق التعاقد، وعليه فبمجرد التوقيع على العقد فإن هذه الأعمال تعتبر لاغية ولا قيمة لها، وإذا وجد تعارض بينهما وبين ما ورد في العقد فلا يعتد إلا بما ورد في العقد.

---

[1] نقض مدني رقم 1950/12، مجموعة المكتب الفني، السنة 34 رقم 105، ص310.

[2] نصير، يزيد أنيس (2001). مرحلة ما قبل إبرام العقد، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، العدد الثالث، ص132.

[3] بارود، حمدي محمود، بحث بعنوان: القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض في مجال عقود التجارة الدولية، منشور في مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، المجلد 13، العدد الثاني، 2005م.

**الرأي الثاني:**

يرى بإسباغ الطابع القانوني على هذه المرحلة كما في الولايات المتحدة فإن العقود المتعلقة بتنظيم المفاوضات وتلك التي تسمح بتنفيذ مرحلة من مراحل العقد قبل إبرامه قد اعتبرها عقوداً حقيقية، أيا كان القانون واجب التطبيق، أما الاتفاقات الخاصة بتحضير العقد المستقبلي فيتوقف تقدير قيمتها القانونية على القانون واجب التطبيق.

وقد تنصرف إرادة المتفاوضين صراحة في العقود المهمة والمعقدة والمركبة والتي تستغرق فترة طويلة من الزمن وتتطلب جهوداً شاقة وتستتبع بالتالي نفقات باهظة، مثل نفقات الانتقال، والإقامة، والمشورة القانونية، وإعداد دراسات فنية ومالية كدراسة الجدوى الاقتصادية من المشروع إلى إبرام اتفاق يضفي على التفاوض صفة العقد وهذا ما يسمى (عقد التفاوض) تصاغ في التزامات متنوعة من حيث بدء المفاوضات، وقطع المفاوضات، وتنظيم سير المفاوضات بحسن نية، وتسجيل النقاط التي تم الاتفاق عليها بهدف إبرام العقد المنشود، فيعدّ عقد التفاوض من العقود الحديثة نسبياً وغير المنظمة قانوناً، فهو لا يختلف في تعريف عن العقود الأخرى بوصفه تصرفاً قانونياً بين طرفين بهدف ترتيب أثر قانوني معين، فلا يتطلب لوجوده وصحته سوى توافر الشروط المقررة للعقود بصفة عامة، وهي الرضا والمحل والسبب[1].

نستنتج مما سبق أن هناك قيمة قانونية للمفاوضات التمهيدية ولكن في نطاق ضيق، فالأصل أن كل ما يسبق انعقاد العقد من مفاوضات تكون غير ملزمة لأطراف التعاقد ولا يرتب أي التزام في ذمة أحد الطرفين، فلا يمكن تصور نشوء التزام في مرحلة المفاوضات إلا إذا كنا أمام عقد، فهنا أوجد عقد التفاوض المذكور سابقاً والذي يبين مدى قيمة المفاوضات التمهيدية

---

[1] هلدير، أسعد أحمد (2012). الغش في المرحلة السابقة لإبرام العقد، دراسة تحليلية مقارنة، دار الثقافة، ط1، عمان، ص144.

وما يترتب على من أخل بأحد آثار هذا العقد من التزامات فهو لا يختلف عن باقي العقود إلا بأنه عقد ممهد لعملية تعاقد فهو مستوفٍ لجميع أركان وشروط صحة العقد، كما ينشئ التزاماً قاطعاً في ذمة الطرفين، وذلك ما للعقد المراد إبرامه من أهمية فمع التطور الحاصل في الحياة العملية وظهور أنواع للعقود والتي منها ما تأخذ وقتاً طويلاً لترتيب انعقادها فهنا ندخل في مرحلة المفاوضات أو مرحلة انعقاد عقد المفاوضات، فيمكن القول بأن عقد التفاوض هو صورة من صور المفاوضات التمهيدية ولكن يختلف عن الصور – التوقيع بالأحرف الأولى، والاتفاق على تأجيل التوقيع، والاتفاق على مبدأ التفاوض، والوعد بالتفضيل– بأنه ملزم ويرتب التزامات إذا تّم الإخلال به.

## الفصل الثالث

## الالتزامات الناشئة عن المفاوضات التمهيدية

بما أن الالتزامات الناشئة عن المفاوضات ترتبط ببيان مسألة أولية تتعلق بطبيعة المفاوضات ذاتها، فإن المنطق السليم يقضي من الباحث بيان هذه الطبيعة، ومن ثّم بيان ماهية الالتزامات الناشئة في ضوء تحديد طبيعة المفاوضات التمهيدية. وعليه سأبحث هذا الفصل في مبحثين:

المبحث الأول: تحديد طبيعة المفاوضات التمهيدية.

المبحث الثاني: ماهية الالتزامات الناشئة عن المفاوضات التمهيدية.

### المبحث الأول

### تحديد طبيعة المفاوضات التمهيدية

"ترتبط الالتزامات الناشئة عن المفاوضات ارتباطاً وثيقاً بتحديد طبيعة المفاوضات هل هي مجرد وقائع مادية، وبالتالي لا تنشأ عنها التزامات إلا الالتزامات التي يقتضيها الواجب العام القاضي بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد والمألوف على نحو يلحق الضرر بالغير (المسؤولية التقصيرية)، أم إن الإرادة تظهر في المفاوضات فتضفي عليها وصف التصرفات القانونية التي ترتب التزامات على طرفي المفاوضات لتفعيل المفاوضات أو الوصول إلى قناعة تامة بعدم التعاقد لأن مصلحتهما أو مصلحة أحدهما تقتضي ذلك"[1].

ظهر في هذا المجال اتجاهان: الأول يرى أن المفاوضات عبارة عن وقائع مادية لا تترتب عليها التزامات إرادية، والثاني يرى أن المفاوضات يمكن أن تكون تصرفات قانونية إذا انصرفت إرادة المتفاوضين إلى إبرام العقد النهائي لتنظيم سير المفاوضات بغية تحقيق الهدف المنشود منها وهو السماح لطرفيها بتقدير ظروف الصفقة وفرص الكسب أو احتمالات الخسارة

---

[1] انظر بهذا المعنى: بارود، حمدي، مرجع سابق، ص30.

فيها لا طبقاً للحسابات الاقتصادية الدقيقة، إنما وفقاً لشعوره الشخصي ليتخذ في نهاية المطاف قراره إما بإبرام العقد، أو بالانصراف عن المفاوضات لقناعته بعدم جدوى التفاوض.

وسأبحث هذين الاتجاهين في مطلبين لكي يتم البحث في ضوئهما الالتزامات الناشئة عن المفاوضات.

المطلب الأول: المفاوضات وقائع مادية.

المطلب الثاني: المفاوضات ذات طبيعة عقدية.

**المطلب الأول: المفاوضات وقائع مادية:**

الأصل أنه لا تترتب أي التزامات على طرفي التفاوض قبل إبرام العقد محل التفاوض، فالعقد هو الذي يحدد التزامات طرفيه، والمفاوضات بذاتها لا تقيم رابطة تعاقدية بين الطرفين، إذ إن المفاوضات، حسب الفقه التقليدي، مجرد عمل مادي يقوم به كل من الطرفين(1)، وهذا العمل المادي الذي لا يرقى إلى مصاف التصرف القانوني لا يترتب عليه أي أثر قانوني، فهو غير ملزم لأي من أطرافه بضرورة التوصل إلى اتفاق، إذ إن المفاوضات باعتبارها وقائع مادية تستند إلى مبدأ حرية التعاقد، وتقتضي هذه الحرية عدم إجبار المتفاوض على إبرام العقد، فيستطيع كل واحد من المتفاوضين أن يعدل عن المفاوضات ولا يخشى تحقق مسؤوليته، إذ إن العدول عن التفاوض لا يصلح بذاته سبباً للمسؤولية، وإمعاناً في الحرية، فإن المتفاوض غير ملزم بتقديم مبرر لعدوله، لأن الالتزام بتقديم مبرر للعدول يعدّ من قبيل ترتيب الآثار على المفاوضة، كما أن تقديم المبرر يتعارض مع حرية العدول عن التفاوض، لأن المقصود بحرية العدول هو العدول في أي وقت(2).

(1) الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص239.

(2) الجبوري، ياسين، مرجع سابق، ص198.

وإذا كانت المفاوضات حسب هذا الاتجاه الفقهي لا يترتب عليها أي التزام، وإن المفاوض يستطيع بحرية تامة العدول عنها، فإن المتفاوض يستطيع من باب أولى العدول عن كل إرادة عبّر عنها خلال المفاوضات ما دامت لم تصل إلى حد إبرام العقد، فحتى لو صدر من أحد المتفاوضين إيجاب، فإنه يستطيع الرجوع عنه ما دام باستطاعته أن يعدل نهائياً عن المفاوضات إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد[1].

ولا شك أن المسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية ما دام العقد لم يبرم بعد، ولذلك يجب على الطرف الذي يدّعي تضرره من قطع المفاوضات أن يثبت خطأ الطرف الآخر الذي عدل عن المفاوضات، ويثبت وجود ضرر أصابه، والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، أي كون الضرر نتيجة طبيعية ومباشرة لخطأ المتفاوض الذي قطع المفاوضات، كي يحصل على التعويض[2].

ومثال الخطأ الذي يقترن بالعدول عن المفاوضات أن أحد طرفي المفاوضات لم تكن لديه عند بدء المفاوضات نية حقيقية وجادة يجعل المفاوضات وسيلة للتعاقد، بل كانت مجرد مناورات قصد بها معرفة الأسرار الصناعية للمتفاوض معه، أو تعطيل إبرام صفقة وشيكة بين من يتفاوض معه والغير، وبعد أن يحقق غرضه السيء هذا ينهي المفاوضات ويعدل عنها، في حين أن الطرف الآخر وثق بهذه المفاوضات واعتقد بجديتها واتخذ من التدابير ما يكفل نجاحها فضاع عليه الوقت والمال[3].

---

(1) إن القاعدة التي تقضي بحرية الموجب في الرجوع عما أعلنه من إيجاب لا تطبق على المفاوضات، فإذا تمخضت المفاوضات في هذه العقود عن إيجاب، فإن مبدأ حسن النية يرتب التزام بعدم الرجوع عن هذا الإيجاب الذي كان وليد الإرادة المشتركة لطرفي التفاوض. انظر: النكاس، جمال فاخر، مرجع سابق، ص165.

(2) السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص207؛ والحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص135.

(3) انظر: حكم محكمة النقض الفرنسية في 1876/4/12م، وحكم محكمة استئناف باريس في 1984/12/13م، نقلاً عن: السرحان، عدنان، وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص89.

وهكذا فإن القانون من حيث المبدأ لا يرتب أثراً قانونياً على قطع المفاوضات، فكل متفاوض حر في قطعها بالوقت الذي يقرره، وليس هناك مسؤولية على مَنْ عدل، ولا يكلف إثبات أسباب ودوافع العدول، ولا تترتب المسؤولية إلا إذا اقترن هذا العدول بخطأ صدر منه.

إن مصدر المسؤولية هنا ليس مجرد العدول عن المفاوضات، بل هو الخطأ الذي ارتكبه مَنْ عدل، وهي ليست مسؤولية عقدية بل هي مسؤولية تقصيرية[1].

وإذا كان الفقهاء يشترطون اقتران العدول عن المفاوضات بخطأ لقيام المسؤولية التقصيرية، إلا أنهم لا يشترطون أن يكون هذا الخطأ عمدياً أي مشتملاً على قصد الإضرار بالطرف الآخر، فالخطأ غير العمدي يكفي لقيام المسؤولية، وهذا ما تبنته محكمة النقض الفرنسية، إذ قضت: "لا تشترط نية الإضرار عن القطع التعسفي غير مقبول، لأن المادتين (1382، 1383) من القانون المدني الفرنسي لا تشترطان نية الإضرار"[2]، لكنهم يؤكدون على وجوب أن يكون هذا الخطأ واضحاً دون تساهل في تقديره أو تلمس وجوده، لأن مثل هذا التساهل يهدد الحريات الفردية، ويعبث بالثقة المطلوبة في المعاملات المالية[3].

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بالرأي القائل بأن المفاوضات وقائع مادية لا يترتب عليه أي أثر قانوني، إذ قضت: "المفاوضة ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطلب بيان المبرر لعدوله، ولا يترتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض، وعبء إثبات

---

[1] العلواني، فؤاد، والربيعي، عبد، مرجع سابق، ص24.

[2] نقلاً عن: السرحان، عدنان، وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص90.

[3] زكي، محمود جمال الدين (1978). مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، ص139-140.

ذلك الخطأ وهذا الضرر يقع على عاتق ذلك الطرف، ومن ثّم فلا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضة ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره، بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول، ويتوفر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية"[1].

" إن حرية التعاقد تعدّ أساساً عاماً ، والمسؤولية في قطع المفاوضات تعدّ استثناءً لا يجوز التوسع فيه، لأن المفاوضات، وإن كانت تقتضي استناداً إلى مبدأ حسن النية إلزام كل متفاوض بالأمانة والاستقامة عند التفاوض، فإن هدفها هو السماح للمتفاوض بأن يقدر في ضوء احتمالات الربح والخسارة، وهو بذلك يكون لديه عذر مشروع لقطع المفاوضات إذا قدر، حتى وفقاً لشعوره الشخصي أن التعاقد ليس في مصلحته، أما إذا قطع المفاوضات دون مبرر مشروع، فإنه يكون قد أخلّ بواجب حسن النية، وبالتالي يكون مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي لحق المتفاوض الآخر "[2].

يتبين مما تقدّم أن الالتزام الناشئ عن المفاوضات، باعتبارها وقائع مادية، هو التزام التفاوض بحسن النية، وهذا الالتزام مصدره القانون.

وبذلك يمكن القول إن الالتزام الأساسي الذي ينشأ عن المفاوضات، باعتبارها وقائع مادية، هو الالتزام بحسن النية، ويتفرع عن الالتزام بحسن النية التزامات ثانوية تستند إليه وتضعه موضع التنفيذ وهي الالتزام بالإدلاء بالبيانات، والالتزام بالمحافظة على السرية[3].

---

[1] نقض مدني مصري 1967/3/9، مجموعة المكتب الفني لأحكام محكمة النقض المصرية، السنة 18، الجزء الأول، ص334؛ نقلاً عن: أبو زيد، محمد، مرجع سابق، ص178.

[2] من الأمثلة على هذا الاتجاه القضائي ما قضت به محكمة النقض الفرنسية: "إن قطع المفاوضات فجأة دون مبرر مشروع بعد أن بلغت مبلغاً متقدماً ، مما يخالف مقتضيات حسن النية في المعاملات التجارية، ويعدّ ذلك من قبيل الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية"، نقض مدني فرنسي في 1972/3/20م، نقلاً عن: عمار، صابر محمد، مرجع سابق، ص8.

[3] انظر: البدو، أكرم، وعبد الله، محمد، مرجع سابق، ص421؛ وبارود، حمدي، مرجع سابق، ص35.

**المطلب الثاني: المفاوضات ذات طبيعة عقدية:**

ذهب بعض الفقهاء إلى أن المفاوضات تكون ذات طبيعة عقدية، لأن هناك تصرفاً قانونياً ينشأ بين المتفاوضين يعدّ هو مصدر الالتزام الناشئ في مرحلة التفاوض، والتزام التفاوض بحسن نية وما يقتضيه من استمرار المفاوضات وعدم قطعها بشكل غير مشروع، والتزام الإدلاء بالبيانات، والتزام الحفاظ على السرية، وبذلك تكون المسؤولية عن الإخلال بهذه الالتزامات مسؤولية عقدية[1].

هذا ويوجد رأيان لبيان كيفية نشوء هذا التصرف القانوني الذي يضفي الطبيعة العقدية على المفاوضات.

**الرأي الأول:**

قال بهذا الرأي الفقيه الألماني (أيهرنغ)، فقد ذهب هذا الفقيه إلى أنه يوجد عقد ضمني بين المتفاوضين، يلتزم بمقتضاه كل واحد من المتفاوضين تجاه الآخر بأن يكون في وضع يسمح له بإبرام العقد موضوع التفاوض، والامتناع عن أي عمل يعوق إبرام هذا العقد، فإذا قطع المفاوضات دون عذر مشروع، يكون قد أخلّ بهذا الالتزام الذي يفرضه عليه العقد الضمني، وبالتالي يسأل مسؤولية عقدية عن تعويض الضرر الذي لحق المتفاوض الآخر[2].

وحسب رأي اهرنج إن الإيجاب الصادر أثناء المفاوضات يتحلل إلى إيجابين: الإيجاب الأول موضوعه العقد الذي يجري التفاوض بشأنه، أما الإيجاب الثاني فموضوعه عدم إعاقة إبرام هذا العقد، ولما كان هذا الإيجاب الأخير يتمخض لمصلحة الموجب له، فإن مجرد سكوته يعدّ

---

[1] أبو زيد، محمد، مرجع سابق، ص165؛ والنكاس، جمال فاخر، مرجع سابق، ص167.

[2] نقلاً عن: زكي، محمود جمال الدين، مرجع سابق، ص133-134.

قبولاً يقوم به العقد الضمني الذي يلتزم بمقتضاه كل من المتفاوضين بعدم إعاقة إبرام العقد الذي يجري التفاوض بشأنه.

إذاً وفق هذا الرأي لا يوجد قبل صدور الإيجاب هذا العقد الضمني الذي يضفي الطبيعة العقدية على المفاوضات(1).

**الرأي الثاني:**

يفسر هذا الرأي نشوء التصرف القانوني الذي يضفي الطبيعة العقدية على المفاوضات على النحو الآتي: إن المفاوضات تتشابك ابتداءً بناءً على دعوة يتم قبولها، وهذا الاتفاق الأول هو المصدر المباشر للضمان المتبادل في مرحلة المفاوضات، ذلك أنه ينطوي على شرط ضمني يتعهد بمقتضاه كل متفاوض قبل الآخر بأن يستمر في المفاوضات، وأن لا يقوم بقطعها تعسفاً حتى يتحقق الغرض النهائي منها وإلا التزام بتعويض المتفاوض الآخر عن فوات هذا الغرض.

وبما أن هذا الاتفاق هو مصدر الضمان المتبادل لذا يشترط ألا يكون اتفاقاً باطلاً، وهو يكون باطلاً إذا استهدفت المفاوضات إيجاباً ينصب على تعاقد يخالف النظام العام والآداب، إذ لا ضمان بالنسبة إلى نتيجة يحرمها القانون، وقد يكون هذا الاتفاق قابلاً للإبطال كما لو كان أحد طرفيه ناقص الأهلية، فلناقص الأهلية أن يقطع المفاوضات في كل وقت، وأن يصل إلى تقرير مبدأ انعدام مسؤوليته بإبطال شرط الضمان، كما أن للمتفاوض حق الانسحاب من المفاوضات بمجرد تبين حالة نقص الأهلية لدى المتفاوض الثاني، لأن من مصلحته عدم الارتباط بالعقد ما دام سيف الإبطال مشهر عليه من قبل المتفاوض ناقص الأهلية الذي يستطيع

---

(1) عمار، صابر محمد، مرجع سابق، ص10.

في كل وقت أن يبطل شرط الضمان المتبادل، ولكن إذا ارتفع سيف الإبطال لبلوغ المتفاوض سن الرشد أثناء المفاوضات، زال حق التفاوض الآخر في قطع المفاوضات دون تعويض[1].

من خلال التمعن في الرأيين السابقين، فإنني كباحث لا يمكن قبولهما لإضفاء الطبيعة العقدية على المفاوضات، لأنهما يقومان على مجرد افتراض لا يؤيده الواقع في كثير من الأحيان، فلا يوجد تصرف قانوني أثناء المفاوضات، وبالتالي لا تكون المفاوضات ذات طبيعة عقدية إلا إذا انصرفت إرادة المتفاوضين بشكل واضح وصريح إلى إنشاء مثل هذا التصرف القانوني، ويكون ذلك عندما يتفق الطرفان على إبرام عقد ينظم سير المفاوضات وذلك قبل انتقالهم إلى إبرام العقد النهائي محل التفاوض، وقد بينا سابقاً صور المفاوضات التمهيدية والتي تّم تقسيمها إلى: عقود التفاوض، والعقود التمهيدية المنظمة لمراحل التفاوض.

## المبحث الثاني

## ماهية الالتزامات الناشئة عن المفاوضات التمهيدية

سأبحث من خلال هذا المبحث في صور الالتزامات الناشئة على المفاوضات التمهيدية، ومن ثّم بيان الأثر المترتب على الاتفاقات التي تتخلل هذه المفاوضات. لذلك، سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: صور الالتزامات الناشئة عن المفاوضات التمهيدية للتعاقد.

المطلب الثاني: الأثر المترتب على الاتفاقات التي تتخلل المفاوضات.

---

[1] زكي، صلاح الدين، مرجع سابق، ص82–83.

**المطلب الأول: صور الالتزامات الناشئة عن المفاوضات التمهيدية:**

إن الغاية من تحقيق الالتزامات المترتبة على المفاوضات تتمثل بالآتي:

**أولاً :** حماية مبدأ حسن النية، ليس في نطاق تنفيذ العقد فحسب، وإنما في نطاق تكوين العقد أيضاً، فمن شروط هذا المبدأ في تكوين العقد أن يلزم المتعاقدان في مرحلة المفاوضات العقدية بعدم كتمان المعلومات الضرورية للتعاقد.

**ثانياً:** حماية الرضا من عيوب الإرادة، وذلك من منظور جديد يتمثل بمرحلة ما قبل التعاقد، إذ على كل متعاقد أن يحرص على صدور رضا مستنير بالتعاقد، إذ إن الدور الذي تؤديه النية في تحركها الإرادي يرتبط بالأخلاق ارتباطاً وثيقاً، ومن المبادئ العامة التي فرضها تغلغل الأخلاق في مجال الروابط القانونية، مبدأ الغش الذي يفسد كل ما يقوم عليه، ولا يقتصر دور هذا المبدأ على مرحلة حياة العقد وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، بل إنه يهيمن على الفترة السابقة على التعاقد ومنها مرحلة التفاوض أيضاً [1].

تظهر لنا فائدة دراسة هذه الالتزامات في نطاق القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني، حيث حرص المشّرعان العراقي والأردني على حماية مبدأ حسن النية وجعلا من التعسف في استعمال الحق قاعدة عامة لحماية المركز الضعيف عندما تختل المراكز العقدية[2].

تتمثل صور هذه الالتزامات في الآتي: الالتزام ببدء التفاوض، والالتزام بالاستمرار في التفاوض، والالتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض، والالتزام بالتعاون في التفاوض، والالتزام بالإعلام في التفاوض، والالتزام بالمحافظة على السرية في التفاوض. وسأبحث هذه الالتزامات في ستة فروع.

---

[1] ملحم، سعد حسين عبد (2005)، التفاوض بالعقود عبر شبكة الإنترنت، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق بجامعة النهرين، المجلد 8، العدد 13، ص93.

[2] انظر: المادة (150) مدني عراقي، والمادة (202) مدني أردني.

**الفرع الأول: الالتزام ببدء التفاوض:**

يقصد ببدء التفاوض، بدء تلاقي المتفاوضين ومن ثم افتتاح المفاوضات بإجراء الحوار وتبادل الاقتراحات المتصلة بموضوع العقد المأمول إبرامه[1].

هذا الالتزام قد يقع على عاتق الطرفين معاً، بحيث يكون كل منهما ملتزماً بالحضور في موعدة معين لبدء وافتتاح المفاوضة.

وقد يقع على عاتق أحد الطرفين، فيكون على الملتزم به واجب توجيه الدعوة إلى الطرف الآخر وتقديم الاقتراحات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، أو عرض الدراسات التي يقوم التفاوض على أساسها، ومثال ذلك أن يكون صاحب العمل هو الملتزم ببدء التفاوض مع المتقدم للعمل المعلن عنه[2]، ومثاله أيضاً أن يكون المستورد للأجهزة والحاسبات الإلكترونية والأنظمة المعلوماتية هو الملتزم ببدء التفاوض، حيث يقدم الدراسة المبدئية التي تحدد حاجة مشروعة والتي على أساسها تفتحت المفاوضات، ومثاله أيضاً أن يتعهد المزود لبرنامج الحاسب الآلي بأعمال الصيانة اللازمة للبرنامج عن طريق التقدم بحلول يعرضها على المكتسب لهذا البرنامج، في مثل هذه الفروض وغيرها قد يقال إن الالتزام ببدء التفاوض هو التزام معلق على شرط إرادي محض من جانب الملتزم به، ولكن ذلك مردود عليه بالقول بأن الالتزام بالتفاوض قد تقرر بطريقة جازمة وقاطعة، غاية الأمر أن الوقت الذي يجب أن تتم خلاله المبادرة من جانب الملتزم به غير محدد، وهذا أمر يمكن التغلب عليه بالرجوع إلى النية المشتركة للطرفين، وطبيعة التعامل[3]، إذ يمكن من خلال ذلك معرفة الوقت الذي يجب أن يبدأ خلاله التفاوض، ومن ثم

---

(1) العلواني، فؤاد، والربيعي، عبد، مرجع سابق، ص15.

(2) النمر، أبو العلا (2008)، الالتزام بالمحافظة على حرية المفاوضات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، العدد الأول، السنة 48، ص153.

(3) عمار، صابر محمد، مرجع سابق، ص16.

على المدين به أن ينفذه، وتجنباً للمنازعات يمكن للأطراف تحديد وقت بدء التفاوض في الاتفاق على مبدأ التفاوض نفسه.

ومن الأحكام التي تعرضت لمسألة بدء وافتتاح المفاوضات حكم صادر من محكمة النقض الفرنسية في 15 أيار 1992م، وقد كانت الوقائع تتمثل في استقالة مندوب عام لشركة تأمين، ثم قيام الشركة بتعيين من يقوم مقامه دون أن تنتظر الفترة التي يحق خلالها لهذا المندوب أن يقترح على الشركة من يخلفه، وقد أيدت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع الذي قضى بخطأ مسلك شركة التأمين بأن أضاعت فرصة المندوب في أن يفتتح المفاوضات ويقترح على الشركة الشخص الذي تعتمده وتعامله بشروط أفضل[1].

وبالنظر لطبيعة هذا الالتزام بالتفاوض والهدف المرجو منه، فإنه يعد التزاماً بتحقيق نتيجة، بحيث تقوم مسؤولية المدين به متى أخل بالتعهد الذي أخذه على نفسه.

وتظهر أهمية اعتبار الالتزام ببدء التفاوض التزاماً بنتيجة على مستوى الإثبات، فالطرف المتضرر لا يلتزم في سبيل تحريك المسؤولية بإثبات الخطأ، وإنما يكفي مجرد التخلف عن بدء التفاوض في الموعد المتفق عليه، أو خلال المدة المعقولة، ولا يستطيع المدين بهذا الالتزام أن يدفع عن نفسه المسؤولية بإثبات أنه بذل العناية اللازمة، أو أنه لم يرتكب إهمالاً، ولكن يمكنه أن يدفعها بإثبات السبب الأجنبي الذي منعه من البدء في التفاوض[2].

---

[1] نقلاً عن: العلواني، فؤاد، والربيعي، عبد، مرجع سابق، ص25.

[2] الأهواني، حسام (1991)، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص138.

**الفرع الثاني: الالتزام بالاستمرار في التفاوض:**

طالما أن التفاوض بدأ، فإنه يلقي على عاتق الأطراف التزاماً بالاستمرار فيه ومتابعته، ويؤدي الإخلال به إلى تحريك أحكام المسؤولية العقدية[1].

يظهر الالتزام بالاستمرار في التفاوض بوضوح في حالة الاتفاق على المسائل الأساسية للتعاقد، فهذا الاتفاق سواء كان كافياً لإبرام العقد النهائي أم لا، يلزم الأطراف بالاستمرار بالتفاوض[2]، إلا أن الالتزام بالاستمرار في التفاوض لا يعني الالتزام بإبرام العقد محل التفاوض، وهذا الأمر تظهر أهميته في حالة اتفاق الأطراف على المسائل الأساسية مع إظهار نيتهما على عدم إبرام العقد في حالة عدم الاتفاق على المسائل الثانوية، فرغم أن الاتفاق على المسائل الأساسية يلزمهما بالاستمرار بالتفاوض، إلا أن ذلك ليس معناه ضرورة التوصل لإبرام العقد، فرفض الاستمرار في التفاوض في هذه الحالة يعني قطع التفاوض، وهذا غايته قيام المسؤولية عن قطع التفاوض بأسلوب يتعارض مع مقتضيات التعامل بحسن نية، ولكن دون أن يكون للقاضي سلطة التدخل وإبرام العقد، وعلى ذلك فإن الالتزام بالاستمرار في التفاوض في هذه الحالة يكون التزاماً بوسيلة وليس التزاماً بنتيجة[3].

أما في حالة اتفاق الأطراف المتفاوضة على المسائل الأساسية مع تأجيل المسائل الثانوية لاتفاق لاحق واتجاه النية إلى اعتبار العقد منعقداً رغم عدم الاتفاق عليها، فإن هذا الاتفاق يولد أيضاً التزاماً بالتفاوض، ولكن أيكون التزاماً بنتيجة أم التزاماً بوسيلة؟ يعد التزاماً

---

(1) حجازي، عبد الحي، مرجع سابق، ص594.

(2) تناغو، سمير عبد السيد وسعد، نبيل إبراهيم (1993)، النظرية العامة للالتزام، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، ص338.

(3) العلواني، فؤاد، والربيعي، عبد، مرجع سابق، ص24.

بنتيجة، لأن الأطراف ملتزمون بالتوصل إلى اتفاق بشأن المسائل المتبقية، وإلا فللقاضي أن يتدخل ويحسم هو المسائل الثانوية المؤجلة، وبناءً عليه ينعقد العقد[1].

**الفرع الثالث: الالتزام بمبدأ حسن النية في التفاوض:**

**أولاً : مفهوم مبدأ حسن النية:**

إن بيان هذا المفهوم يتطلب تعريف حسن النية، ومن ثم بيان المعايير التي يقوم عليها هذا المبدأ.

**1. تعريف مبدأ حسن النية:**

أوجد الفقه القانوني تعريفات مختلفة لمبدأ حسن النية، منها: أن حسن النية في إبرام العقود هو: "التزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل"[2].

وعرفه البعض الآخر بأنه: "التعامل بصدق وشرف مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المقيدة والعادلة التي أنشئ من أجلها، والتزم بها كل طرف من طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون سبب مشروع، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة"[3].

وعرّفه جانب من الفقه بأنه: "عنصر ذاتي يتعلق بالغير، فلا يبحث عنه خارج نطاقه، ويقصد به عدم علم الغير المخلص والنهائي والبات بالصفة الحقيقية للمتصرف"[4].

---

[1] دواس، أمين (2001)، المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 5، العدد 1، ص138، نقلاً عن: عمار، صابر محمد، مرجع سابق، ص16.

[2] سليمان، شيرزاد عزيز، مرجع سابق، ص157.

[3] العوجي، مصطفى، مرجع سابق، ص346.

[4] السرحان، عدنان، ونوري، خاطر، مرجع سابق، ص183.

كما أنه يمكن أن نقيس حسن النية اعتماداً على النتائج التي تترتب على تصرف معين وما ينتج عنها من أضرار للمنافع المقصودة من العقد أو غاياته، فقيام أحد أطراف العقد بعمل ما من شأنه إلغاء المنفعة المقصودة من العلاقة التعاقدية للطرف الآخر أو الإضرار به، فإن هذا الفعل يعتبر مخالفة لمبدأ حسن النية المتعارف عليه[1].

نستطيع القول بأن حسن النية هو: قيام الانسان بالتعامل مع الآخرين على أساس المعاملة الصادقة والصحيحة، والتحلي بالأخلاق الحميدة التي تجعله موضع الثقة بشكل يتماشى مع الأعراف التجارية والتعاقدية المتعارف عليها.

**2. المعايير التي يقوم عليها مبدأ حسن النية:**

هناك معياران لقياس مدى توافر مبدأ حسن النية من عدمه، هما: المعيار الشخصي، والمعيار الموضوعي.

فالمعيار الشخصي، يعتمد على الشخص ذاته وعلى طبيعته النفسية، فالإنسان قد يكون حسن النية وقد يكون عكس ذلك، وهذا الأمر هو داخل الانسان لا يمكن التعرف عليه إلا من خلال المعاملة المتكررة مع هذا الشخص، أو من خلال تصرفات وإشارات يقوم بها هذا الشخص، بحيث تتأثر مصالح الآخرين من هذه التصرفات والتي غالباً ما تكون تصرفات سلبية تتمثل في طرح أفكار غامضة أثناء سير المفاوضات، والدخول في مفاوضات مع الطرف الآخر، وهو يعلم أنه ليس لديه نية حقيقية في التعاقد والسكوت عن الإدلاء بمعلومات تؤثر في الوصول إلى الاتفاق العقدي أو الانسحاب من المفاوضات عند التوقيع على العقد النهائي[2].

---

[1] نصير، يزيد أنيس، مرجع سابق، ص124.

[2] نصير، يزيد أنيس، مرجع سابق، ص123-124.

أما المعيار الموضوعي فيتعلق بالخروج عن قواعد السلوك العادي في التعامل والمتمثل بالتزام حسن النية في إجراء المفاوضات والتعاقدات، فمبدأ حسن النية بمعناه الموضوعي يعدّ قاعدة للسلوك تتطلب من الأشخاص مراعاة النزاهة والأمانة في معاملاتهم، بحيث تكون علامة ضبط أخلاقي للسلوك الإنساني يتم تقديره على نحو موضوعي تماشياً مع السلوك الحسن الذي تقتضيه الحياة العامة في المجتمع[1].

وفي هذا المجال نصّ المشرّعان الأردني والعراقي في ذات النص في المادة (202) مدني أردني، والمادة (150) مدني عراقي على أنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. هذا ونتمنى على المشرّعان العراقي والأردني أن يفرضا الأخذ بمبدأ حسن النية بوصفه قاعدة للسلوك بمفهومه الموضوعي على الأطراف المتفاوضة وأن تراعيه عند التفاوض ومن ثم سيجد المتفاوضون لهم سنداً في محاسبة من يخالف الالتزامات التي يفرضها حسن النية عند التفاوض.

لذا نقترح على المشرّعين العراقي والأردني أن يضيفا إلى نص هاتين المادتين من القانون المدني بنداً ثالثاً مفاده: "3- يجب على المتفاوضين للتعاقد أن يلتزموا بما يفرضه مبدأ حسن النية من التزامات".

**ثانياً: علاقة مبدأ حسن النية بالمفاوضات**

التفاوض بين أطراف العقد المنوي ابرامه يعد مسألة مهمة في الوقت الحاضر، وذلك لما يتطلبه التطّور الكبير في التقدم العلمي والتكنولوجي والثورة المعلوماتية في مجال استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، فنظراً للعقود الكبيرة التي تقوم بين الشركات

---

[1] الحفناوي، محمد، مرجع سابق، ص62-63.

وما ينطوي على هذه العقود من مخاطر وتكلفة مالية باهظة، فإنه والحالة هذه جعل من عملية التفاوض أمراً مهماً وذلك بقصد التوصل إلى تفاهم تام ومشترك حول العقد المنوي إبرامه[1].

إن علاقة مبدأ حسن النية بالمفاوضات العقدية تظهر من خلال أثر هذا المبدأ في تلك المفاوضات ومن خلال المسؤولية المدنية المترتبة في حال الإخلال بهذا المبدأ خلال مرحلة المفاوضات.

**1. أثر مبدأ حسن النية في المفاوضات:**

لقد رأينا أن للمفاوضات الدور الكبير في عملية صياغة العقد وفقاً لإرادة أطراف التفاوض، فالمفاوضات الصادقة بين أطراف التفاوض والتي تتسم بحسن النية، تؤدي إلى إبرام عقد صحيح منتج لآثاره القانونية بحيث يتحدد مركز كل طرف فيه ويتبين الالتزام الواقع عليه.

وعليه، فإنه إذا قام كل طرف من أطراف التفاوض بإبداء حسن النية تجاه الطرف الآخر، فإنه والحالة هذه يوجد ثقة متبادلة بينهم وبالتالي التفاوض والتعاقد بشكل سليم والعكس صحيح[2].

وعلى العكس من ذلك، فإن السلوك المعيب خلال المفاوضات، والذي يخالف مبدأ حسن النية أثناء التفاوض ويؤدي إلى قطع المفاوضات العقدية دون وجود أي سبب قانوني، فإنه يترتب عليه مسؤولية[3]، وهذه المسؤولية تعتبر خطأ عقدياً ويطبق عليها القانون الواجب التطبيق على عقد التفاوض وهو الذي يحدد المقصود بحسن النية ومعياره والجزاءات المتحققة على الطرف الذي أخل بهذا المبدأ[4].

---

[1] لطفي، محمد حسام، مرجع سابق، ص183.

[2] السرحان، عدنان، وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص93.

[3] الكيلاني، محمود، مرجع سابق، ص199.

[4] النكاس، جمال فاخر، مرجع سابق، ص158.

وقد تطرقت القوانين والتشريعات المختلفة إلى مبدأ حسن النية وأشارت إلى وجوب الالتزام بهذا المبدأ في التعاملات، فالقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م مثلاً نص على وجوب حسن النية في أكثر من مادة، فعند تناوله المواد المتعلقة بعيوب الرضا وتحديداً في الغلط، فقد أشار في المادة (1/156) إلى أنه: "ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية".

وكذلك ما نصت عليه المادة (1/118) من القانون المدني العراقي بأنه: "إذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولم ينبغي في التعامل من حسن النية".

ونص في المادة (1/202) من القانون المدني الأردني على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية".

وهو ذات ما نصت عليه المادة (1/150) من القانون المدني العراقي في موضوع المفاوضات، وقد تطّرق المشّرع الأردني إلى موضوع النية بالنسبة للأطراف المتعاقدة وفيما إذا كانت حسنة أو سيئة في حالة تفسير العقد، أي في حالة حدوث خلاف على العقد، حيث نص في المادة (2/239) من القانون المدني بقوله: "أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين العاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات"، ولم يرد في القانون المدني العراقي مثيل لهذا النص.

نلاحظ بأن القانون الأردني أشار وبشكل واضح إلى وجوب توافر الأمانة والثقة بين أطراف التعاقد ووجوب توافر النية الحسنة لديهم.

ومن التشريعات الدولية، فقد نص قانون التأمين البحري الإنجليزي لسنة 1906 وفي المادة (17) منه على أن: "عقد التأمين البحري هو عقد قائم على منتهى حسن النية، وإذا لم تراعى منتهى حسن النية من قبل الطرفين يحق للطرف الآخر إبطال العقد"[1].

أما الأنظمة والتوجيهات الصادرة عن الاتحاد الأوروبي، فقد أشارت إلى مبدأ حسن النية في قوانينها، ومنها: تنظيمات الشروط غير النزيهة لعقود المستهلك لسنة 1999 والتي جاء في التنظيم الخامس منها: "الشرط العقدي الذي لم يتم التفاوض بشأنه منفرداً يعد غير نزيه إذا تعارض مع متطلبات حسن النية، أو أدى إلى عدم توازن جسيم بين الطرفين، أو أن الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد يتضرر منها المستهلك"[2].

وفي ولاية لويزيانا الأمريكية، فقد نصت المادة (1759) من قانونها المدني على أن: "حسن النية يجب أن يحكم تصرفات الملتزم، والملتزم له كلما كان ملائماً للالتزام"[3].

أما قانون التجارة الأمريكي الموحد UNIFORM COMMERCIAL CODE، فقد نصّ في المادة (203) منه على أن: "كل عقد أو التزام ضمن هذا التشريع يفرض التزاماً بحسن نية في تنفيذه أو إنفاذه"[4].

أما المحاكم الفرنسية، فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً أشارت فيه إلى مبدأ حسن النية حيث قالت: "أن قطع المفاوضات من جانب واحد فجأة ودون سبب مشروع، بعد أن وصلت إلى مراحل متقدمة يخالف قواعد حسن النية في العلاقات التجارية"[5]. أما القانون الإيطالي فقد أشار صراحةً إلى التزام واجب حسن النية في التفاوض وإبرام العقد، حيث أشار في

---

[1] نقلاً عن: النمر، أبو العلا، مرجع سابق، ص46.

[2] نقلاً عن: شيرزاد، عزيز، مرجع سابق، ص54.

[3] نقلاً عن: نصير، يزيد، مرجع سابق، ص123.

[4] نقلاً عن: نصير، يزيد، مرجع سابق، ص123.

[5] نقلاً عن: شيرزاد، عزيز، مرجع سابق، ص76.

نص المادة (1337) من التقنين المدني الإيطالي الصادر عام 1942 بقوله: "يلتزم الطرفان بإجراء التفاوض وإبرام العقد بحسن نية"[1].

أما القوانين العربية، فإنها لم تورد أي نص يقرر واجب اتخاذ مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات أو المراحل التي تسبق مرحلة إبرام العقد وإنما أشارت إلى أنه يجب مراعاة مبدأ حسن النية في مراحل التنفيذ للعقد والتي بينت في المواد المختلفة سواء في القانون المدني العراقي أو الأردني – والتي أشرنا إليها سابقاً – أو في القانون المدني المصري أو قانون الموجبات والعقود اللبناني فإنها تقول أنه يجب مراعاة مبدأ حسن النية والبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين عند تفسير العقد وتركت هذا الواجب على عاتق المحاكم عند وصول النزاع إليها[2].

أما الاتفاقيات الدولية، فقد أشارت إلى أنه يجب مراعاة مبدأ حسن النية في التبادلات التجارية بين الدول حيث جاء في اتفاقية فيينا لبيع البضائع الدولي (CISG) بأنه يجب احترام حسن النية في التجارة الدولية، حيث نصت المادة (1/7) منها بقولها: "يراعى في تفسير هذه الاتفاقية صفتها الدولية وضرورة تحقيق التوحيد في تطبيقها كما يراعى ضمان احترام حسن النية في التجارة الدولية"[3].

وبالرجوع إلى مبادئ عقد التجارة الدولية الصادرة في روما عام 1994 عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، فإننا نجد أنها نصت صراحةً على وجوب مراعاة حسن النية في المفاوضات العقدية، حيث جاءت المادة (5/2) منها بقولها: "1- يتمتع كل طرف بحرية التفاوض ولا يعتبر مسؤولاً عن عدم التوصل إلى اتفاق، 2- أن الطرف الذي يقوم بالتفاوض أو يقوم بقطع مفاوضاته بسوء نية يكون مسؤولاً عن الخسائر التي يتكبدها الطرف الثاني، 3- أن

---

[1] شيرزاد، عزيز، مرجع سابق، ص77.

[2] ملحم، سعد حسين، مرجع سابق، ص34.

[3] نقلاً عن: دسوقي، محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص110.

الدخول في مفاوضات أو الاستمرار فيها من قبل الطرف الذي لا ينوي التوصل إلى اتفاق مع الطرف الآخر يعتبر تصرفاً مقروناً بسوء نية"[1].

**2. المسؤولية المترتبة في حال الإخلال بمبدأ حسن النية في المفاوضات:**

لقد اعترف القضاء الفرنسي بقيام المسؤولية على مَنْ يبادر إلى الدخول في المفاوضات دون نية حقيقية وجادة في التعاقد، قاصداً تحقيق هدف واحد، وهو تحييد من تفاوض معه، أي منعه من إبرام صفقة معينة مع الغير كان يبقيها هو، أو حرمان الغير منها[2]. أو كان يقصد الاطلاع على بعض الأسرار، أو لغرض إطالة أحد المفاوضات العقدية دون نية الوصول إلى نتيجة نهائية، حيث تقوم المسؤولية عليه شريطة أن يكون الخطأ الذي ارتكبه المسؤول ثابتاً لا غبار عليه[3].

لكن ما طبيعة المسؤولية عن الضرر الذي يصيب أحد أطراف العلاقة التفاوضية نتيجة لخطأ الطرف الآخر؟

إن قطع المفاوضات دون مبرر كان، يعد إخلالاً بمبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يسود هذه المفاوضات، لذلك يرى الفقه أن مسؤولية مَنْ عدل تكون وفقاً لقواعد المسؤولية المدنية التقصيرية في القانون المدني[4]، ويكون التعويض عن الخسارة اللاحقة والكسب الفائت؛ لأنه قد يكون المتعاقد الذي قطع المفاوضات فوّت على المتعاقد الآخر فرصة مع شخص ثالث[5].

---

(1) نقلاً عن: شيرزاد، عزيز، مرجع سابق، ص100. وللتفصيل بخصوص هذا الموضوع انظر: شفيق، محسن، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، القاهرة، دار النهضة العربية، 1995، ص86-95.

(2) فودة، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص128.

(3) أشار إلى ذلك: دسوقي، محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص130.

(4) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص221؛ والحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص171؛ وفودة، عبد الحكيم، مرجع سابق، ص130؛ والعلواني، فؤاد، والربيعي، عبد، مرجع سابق، ص24.

(5) بارود، حمدي محمود، مرجع سابق، ص134؛ ودواس، أمين، مرجع سابق، ص133.

**الفرع الرابع: الالتزام بالتعاون في التفاوض:**

تقوم فكرة المفاوضات أساساً على التعاون المشترك فيما بين أطراف التفاوض للوصول إلى الاتفاق الذي سيجسد بالعقد، لذلك فإن التزام المتفاوض بالتعاون يعتبر التزاماً أساسياً، إذ ينبغي أن يحدد أغراضه وأهدافه من العقد الساعي إليه والاحتياجات الفعلية لديه، ويبدو ذلك بوضوح في العقود الفنية كافة مثل برامج الحاسب الآلي، ولو احتاج الأمر الاستعانة بخبير لدى الشركات المتخصصة، ويمكن للعميل أن يطلب من المورد الإيضاحات الكافية في هذا الشأن، وقضي بأن تقصير العميل في التحري الذي يؤثر في اختياره ويؤدي إلى حصوله على أجهزة لا تتناسب مع احتياجاته الحقيقية ويؤدي إلى انعقاد مسؤوليته عن الإخلال بالتزامه، ويتحمل العميل مسؤولية تقصير المقاول في إنجاز مهمته متى ثبت أن هذا التقصير راجع إلى إخلال العميل بالتزامه بالتعاون[1].

يظل الالتزام بالتعاون قائماً طوال مرحلة التفاوض بغية الوصول إلى النتيجة المرجوة، ولا تندرج صور التعاون تحت حصر، فكل ما يحتاجه سير العملية التفاوضية فهو لازم، مثل المواظبة على مواعيد التفاوض، والجدية في مناقشة العروض المقدمة.

**الفرع الخامس: الالتزام بالإعلام في التفاوض:**

يتعين على المتفاوض الإفضاء إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد موضوع التفاوض حتى تستنير إرادة المتعاقدين، ويجب الإدلاء بالمعلومات كافة ما دامت لها أهميتها في التعاقد، حتى يتسم التفاوض بالشفافية ويرتكز على المصارحة والمكاشفة[2].

---

[1] لطفي، محمد حسام، مرجع سابق، ص14.

[2] بارود، حمدي، مرجع سابق، ص135.

فهذه البيانات تدور حول مدى ملاءمة العملية التعاقدية المقترحة من كل النواحي، خاصة إذا كانت العملية المقترحة تحتاج إلى تخصص فني دقيق غير متوافر في المتفاوض، ولذلك إذا صدر رضا من المتفاوض بعدة تزويده بهذه البيانات فإن رضاه يوصف بأنه رضا مستنير، ومن ثم لا يستطيع بعد ذلك الاحتجاج بأنه وقع في غلط، إذ قد يؤدي حجب هذه المعلومات عن المتفاوض إلى أن تتولد لديه ثقة غير حقيقية بالمفاوضات، أي أنه يقوم في نفسه وهم بأن المفاوضات ستنجح وتؤدي إلى إبرام العقد، في حين أن الحقيقة خلاف ذلك مما يؤدي إلى ضياع الوقت والجهد والمال[1].

"ونشير هنا إلى أنه نتيجة لضرورات الحياة الحديثة ومتطلباتها، اقتضت الظروف العصرية حتمية وجود هذا الالتزام في ميدان التعامل وتوسيع نطاقه وتعميمه على جميع أنواع العقود متى توافرت مبررات وجوده وأسبابه، وذلك رغبة في الحد من عدم المساواة في المعرفة والدراية بين أطراف العلاقة التعاقدية، خصوصاً إذا عرفنا أن جمهوراً كبيراً من المتعاملين لم تعد لديهم الخبرة الكافية للإلمام بظروف التعاقد وملابساته في مواجهة منتج محترف ذي علم ودراية واسعة تراكمت لديه نتيجة خبرة طويلة في مجال التعامل"[2].

إن هذا الالتزام ليس التزاماً مطلقاً في مضمونه، بل يقتصر على حد معين من المعلومات المتصلة بالعقد التي تكون مؤثرة في رضا المتعاقد الآخر الذي يجهل هذه المعلومات جهلاً مشروعاً ولا يملك وسائل للاستعلام عنها من جانبه، كما يقيد هذا الالتزام في الحالات التي

---

[1] أبو زيد، محمد، مرجع سابق، ص149.

[2] بارود، حمدي، مرجع سابق، ص136.

يكون فيها المدين به ملزماً بعدم إفشاء المعلومات والبيانات التي تعد سرية استناداً إلى حكم قانوني أو اتفاق[1].

وعلى الرغم من أن من شأن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أن يؤدي إلى حماية رضا المدين من الوقوع في أحد عيوب الرضا، لكنه لم ينشأ بالأصل لحماية الرضا، بل إن الهدف الرئيس من إقراره هو تحقيق قدر من التوازن بين طرفي العقد عند تحديد الحقوق والالتزامات بينهما وفي مواجهة الاختلال الفادح بينهما[2].

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه[3] يرى عدم ضرورة الاعتراف بالالتزام قبل التعاقد كالتزام مستقل، لأن النصوص القانونية الخاصة بنظرية عيوب الرضا ونظرية ضمان العيوب الخفية قد كفلت توفير الحماية القانونية اللازمة للمتعاقد، بينما يرى جانب آخر[4] أن هذه النظريات التقليدية قاصرة عن توفير الحماية الكافية للمتعاقد الضعيف بسبب شدة شروط تطبيقها وصعوبة الإثبات، فمثلاً لكي يستطيع المتعاقد أن يستفيد من الحماية التقليدية التي وفرتها نظرية الغلط يجب عليه أن يثبت وقوعه في الغلط في صفة جوهرية للشيء المتعاقدة عليه، وأن يتصل الغلط بعلم المتعاقد الآخر الذي يستوجب إثبات علم هذا الأخير بالغلط أو كان من السهل عليه العلم به، وبرأي أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يؤدي دوراً وقائياً يترتب على الوفاء به استقرار المراكز القانونية الناجمة عن العقد.

---

[1] دسوقي، محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص153.

[2] النمر، أبو العلا، مرجع سابق، ص186.

[3] عمار، صابر محمد، مرجع سابق، ص20.

[4] دواس، أمين، مرجع سابق، ص186.

**الفرع السادس: الالتزام بالمحافظة على السرية في التفاوض:**

يعدّ الالتزام بالمحافظة على السرية من أهم الالتزامات التي يحرص عليها أطراف التفاوض، سواء أدت المفاوضات إلى إبرام العقد النهائي أم لا، ولا يقصد بالسرية أن تكون المفاوضات غير علنية تجري في طي الكتمان، بل السرية في المعلومات التي أتاحت المفاوضات للمتفاوض الاطلاع عليها[1]، ويعني هذا الالتزام امتناع المتفاوض الذي اطلع على هذه المعلومات من إفشائها للغير أو الاستفادة منها أو استغلالها لمنفعته، إذا كان ذلك يلحق الضرر بالمفاوض الآخر الذي تعلقت به هذه المعلومات[2].

"يكتسب هذا الالتزام أهمية خاصة في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية، ففي هذه العقود يدفع طالب المعرفة ثمناً باهظاً في سبيل الحصول عليها، وهو لا يرضى هذا الثمن الباهظ، إلا بعد معرفته بأسرار هذه المعرفة لكي يوازن بين ما يدفعه من ثمن أجل الحصول عليها وبين المنافع التي ستعود عليه، ومدى ملاءمة هذه المعرفة للغرض الذي يبغيه من وراء التعاقد، فيكشف مالك المعرفة بعضاً من أسرارها التي إذا ما أفضيت للغير أو استعملها المفاوض لمنفعته، أصيب مالكها بالضرر"[3].

إنّ الأصل حسب القواعد العامة أن الشخص لا يلتزم بالمحافظة على سرية المعلومات التي علمها، إلا إذا وجد نص قانوني أو اتفاق يلزمه بالمحافظة على سرية هذه المعلومات[4]، ولا

---

[1] ملحم، سعد حسين، مرجع سابق، ص96.

[2] النمر، أبو العلا، مرجع سابق، ص190.

[3] الحفناوي، محمد، مرجع سابق، ص85.

[4] من أمثلة النصوص القانونية التي تكون مصدراً لهذا الالتزام، نص المادة (909) من القانون المدني العراقي التي تلزم العامل بأن يحتفظ بأسرار رب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء عقد العمل، ونفس هذا الالتزام قررته المادة (35/ أولاً) من قانون العمل ذي الرقم (71) لسنة 1987م بنصها على: "يحظر على العامل أن يفشي الأسرار التي يطلع عليها بحكم عمله حتى بعد تركه العمل"، وكذلك نص المادة (1/46) من

يوجد نص في القانون المدني العراقي يلزم المتفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات التي عرفها أثناء المفاوضات، إلا إذا اتفق طرفا المفاوضات على التزام كل منهما بعدم إفشاء المعلومات التي يعلمها أثناء المفاوضات أو استعمالها لمصلحته، وعندئذ يكون الاتفاق هو مصدر هذا الالتزام، وسواء أبرم هذا الاتفاق أثناء المفاوضات أو نص عليه في شكل شرط من شروط العقد النهائي أو أبرم في فترة لاحقة على إبرام العقد النهائي، لكن ما الحكم إذا لم يوجد اتفاق على إنشاء هذا الالتزام؟ هل يعني هذا عدم إلزام المفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات التي علمها؟

إن غياب الاتفاق على هذا الالتزام لا يؤثر في وجوده، فالأساس أو مصدر الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو مبدأ حسن النية[1].

ويثار التساؤل في هذا المجال وهو: هل أن جميع المعلومات التي عرفها المتفاوض أثناء المفاوضات تكون محلاً لهذا الالتزام أم أن هذا الالتزام يقتصر على معلومات معينة بذاتها؟

---

قانون المحاماة ذي الرقم (173) لسنة 1965م التي نصت على أنه: "لا يجوز للمحامي إفشاء سر اؤتمن عليه أو عرفه عن طريق مهنته ولو بعد انتهاء وكالته إلا إذا كان من شأنه منع ارتكاب جريمة".

[1] ملحم، سعد حسين، مرجع سابق، ص97.

لا يشمل هذا الالتزام جميع المعلومات، بل إنه يقتصر على نوعين من المعلومات[1]:

النوع الأول: هي المعلومات التي أسبغ عليها صاحبها طابع السرية.

النوع الثاني: هي المعلومات التي تكون بطبيعتها غير قابلة للنشر أو الإعلان، ويقدر قاضي الموضوع حسب ظروف كل قضية هل أن المعلومات التي أعلنها المفاوض هي من نوع المعلومات التي يقتضي مبدأ حسن النية أن يشملها الالتزام بالمحافظة على السرية.

**المطلب الثاني: الأثر المترتب على الاتفاقات التي تتخلل المفاوضات التمهيدية للتعاقد:**

إن الهدف من المفاوضات التي تسبق انعقاد العقد، أن يتوصل الطرفين إلى تصور شامل ومشترك للعقد المنوي إبرامه بينهما. وبناءً على ذلك، فإن المفاوضات ستؤول إلى نتيجتين فقط؛ الأولى: إبرام العقد، والثانية: رفض التعاقد. وسأبحث هذا الأثر من خلال فرعين.

**الفرع الأول: إبرام العقد:**

عند تطابق الإرادتين على الإيجاب والقبول وكانت كل من الإرادتين صحيحة، أي خالية من كل عيب من عيوب الإرادة، وصدرت من شخص تتوافر فيه الأهلية الكاملة لإبرام التصرفات القانونية، وتم الاتفاق على الأمور كافة في المراحل السابقة للتعاقد ومرحلة المفاوضات العقدية وذلك في العقود التي تتطلب ذلك، فإن العقد في هذه الحالة يكون قد تم واستكمل شروطه كافة المطلوبة وأصبح عقداً صحيحاً، حيث أنه بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول ينعقد العقد، وإننا في هذه الحالة بصدد عقد صحيح ملزم للجانبين يرتب حقوق والتزامات لكلا الطرفين، وهذه هي النتيجة الطبيعية للتفاوض المبني على حسن النية بين الطرفين[2]. فهذا العقد تترتب عليه أحكامه

---

[1] ملحم، سعد حسين، مرجع سابق، ص98.

[2] العلواني، فؤاد، والربيعي، عبد، مرجع سابق، ص25.

ويجب على أطرافه الوفاء بما عليهم من حقوق والتزامات، حيث أن سبب الإلزام يعود إلى الرابطة العقدية التي يحميها مبدأ القوة الملزمة للعقد والقائمة على أن العقد شريعة المتعاقدين، كما أن مبدأ القوة الملزمة للعقد يعني وجوب تنفيذه بكل ما اشتمل عليه، وقد نصت المادة (2/199) من القانون المدني الأردني على أنه: "يجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما".

وأن وجوب تنفيذ العقد يعني وجوب تنفيذ الالتزامات التي أنشأها. وقد نصت المادة (315) من القانون المدني الأردني على أنه: "يجب الوفاء بالحق متى استوفى شرائط استحقاقه قانوناً، فإن تخلف المدين فقد وجب تنفيذه جبراً عليه تنفيذاً عينياً أو تعويضياً طبقاً لنصوص القانون".

**الفرع الثاني: رفض التعاقد:**

تعدّ العملية التي تسبق انعقاد العقد، وهي المفاوضات التمهيدية، مرحلة مهمة في التعاقد، حيث يقوم الأطراف بمناقشة العناصر المتصلة بالعقد، والتي يمكن في النهاية تضمينها في العقد، وقد يرى أحد الأطراف أن فكرة التعاقد لم تتبلور لديه بصورة كافية ويفضل عدم التسرع في المفاوضات، وأن يأخذ الوقت الكافي الذي يتمثل من خلاله إقرار رأيه النهائي فيما يتم التفاوض عليه، أو السعي إلى تقريب وجهات النظر في المجالات التي لم يتم التوصل فيها إلى توافق الإرادتين، الأمر الذي يتطلب إزالة العقبات التي تحول دون قيام العقد، حيث يتم خلال هذه المرحلة تجميع الإرادة التعاقدية وتجسيدها بالصورة النهائية بقصد إحداث أثر قانوني معين[1].

ولكن في بعض الحالات يحصل أن يمتنع أحد الطرفين من السير في إبرام العقد نتيجة التضارب في مصلحة الطرفين حيث يؤدي هذا التضارب إلى عدم قيام العقد وبالتالي رفض

---

[1] العلواني، فؤاد، الربيعي، عبد، مرجع سابق، ص26.

التعاقد. وعليه، فإن القول برفض التعاقد يعني: غياب إرادة الارتباط باتفاق معين تسعى إليه إرادة الطرف الآخر [1].

في هذه الحالة نتساءل فيما إذا كان رفض التعاقد يعد تعسفاً في استعمال الحق أم لا؟ للإجابة عن هذا التساؤل، فيمكن القول بأنه: من غير المقبول إقرار فكرة العقد الإرادي والأخذ بها بصورة مطلقة، لأن الحق في عدم الموافقة على اقتران إرادة بأخرى إلا باتفاق ثنائي متبادل يعد شيئاً مقدساً لا يجوز المساس به، إذ يكون من غير المنطقي إجبار إنسان بإلزام تعاقدي لا يرغب المساهمة فيه، لأن مثل هذا التصرف سوف يقابل بالرفض لانعدام إرادة التعاقد لدى هذا الطرف[2].

إن رفض التعاقد هو إحدى العقبات التي تواجه نمو العلاقات القانونية ويعدّ من العوامل المؤثرة في عدم اكتساب الحق، ويتمثل ذلك في الشركات التي تتمتع باحتكار قانوني نتيجة الامتياز الذي خّولها استثمار عمل معين مثل الكهرباء والماء والاتصالات وغيرها من الخدمات، حيث أن الأفراد يكونون بوضع مرغمين فيه على التعامل معها وهذا يسمى في القانون بعقود الإذعان التي يكون الطرف المذعن فيها مرغماً على التعاقد مع الشركة صاحبة الامتياز، وهنا انتفت الإرادة وأصبحت مجبرة على التعاقد، وإذا أراد المتعاقد التعديل في شروط التعاقد فإنه لا يستطيع ذلك وهذا يعتبر تعسفاً في استعمال الحق من قبل الطرف الآخر (الشركة)، فهي ترفض التعاقد بغير الشروط التي وضعتها هي والتي غالباً ما تصب في مصلحتها[3].

ويمكن القول – أيضاً – أن مبدأ رفض التعاقد من قبل الشركة أو البنك مثلاً بغير الشروط التي وضعتها هي، يُعد تعسفاً في استعمال الحق من قبل هذا الطرف ومخالفة لمبدأ

---

[1] نصير، يزيد، مرجع سابق، ص43.

[2] العوجي، مصطفى، مرجع سابق، ص326.

[3] النمر، أبو العلا، مرجع سابق، ص42.

الحرية في التعاقد ولمبدأ التفاوض في العقود، فإذا رجعنا إلى أصل العقد فإنه لا يقوم إلا بارتباط الإيجاب والقبول وتطابق الإرادتين بين أطراف التعاقد، ولكن في هذا النوع من العقود، والتي تسمى بعقود الإذعان، فإنه ليس لأحد أطراف التعاقد الإرادة الكاملة للتعاقد، فهو يجبر على القبول بالعقد أو الرفض، أي أنه مجبر على القبول والإيجاب الموجه إليه دون مفاوضة، ومن ناحية أخرى فإنه في حالة حصول خلاف بين أطراف التعاقد فإن المحكمة، وبغية حل الخلاف، ترجع إلى المفاوضات التي سبقت التعاقد، وذلك في حالة معرفة الإرادة الحقيقية للأطراف المتعاقدة، وفي حالة تقسيم العقد، وهذا الأمر منتفي في عقود الإذعان.

وإذا عدنا إلى القانون المدني العراقي، فيتبين أنه يجب أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن، حيث تنص المادة (3/167) منه على أنه: "3-ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً"، وكذلك تنص المادة (240) من القانون المدني الأردني بأن: "1- يفسر الشك في مصلحة المدين، 2- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".

هذا ونلاحظ أنه لا يوجد في نصوص القانون المدني العراقي والأردني أي حماية للطرف المذعن في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد، لهذا أرى كباحث أن حمايته تتم من خلال منح القاضي صلاحية تعديل الشروط التعسفية في العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها، أو من خلال تفسير الغموض في العقد لمصلحة الطرف المذعن، بمعنى آخر، أن نطوع هذه القواعد القانونية بشكل يتم من خلاله حماية الطرف الضعيف خلال مرحلة التفاوض.

# الفصل الرابع

# المسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة المفاوضات التمهيدية

إن الحديث عن المسؤولية المدنية الناشئة في مرحلة المفاوضات تتطلب بيان طبيعتها، ومن ثّم الجزاء المترتب عليها، وعليه سأقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات.

المبحث الثاني: الجزاء القانوني في مرحلة المفاوضات.

## المبحث الأول

## الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات التمهيدية

إلى جانب قيام المسؤولية في المفاوضات التمهيدية على أساس تقصيري، يثار التساؤل فيما إذا كان بالإمكان أن تشكل المفاوضات التمهيدية عقداً يستخلص من الإرادة الضمنية لأطراف العلاقة قبل تحولهم إلى إبرام العقد النهائي. وهذا ما سنبحثه من خلال هذا المبحث، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: المسؤولية العقدية في مرحلة المفاوضات.

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات.

**المطلب الأول: المسؤولية العقدية في مرحلة المفاوضات:**

لقد اعتبر البعض أن المسؤولية المترتبة على أطراف التفاوض في حالة إخلال أحدهما بالالتزام بالمفاوضات وقطعها دون سبب هو إخلال بقواعد المسؤولية العقدية، وذلك على أساس أن الأطراف المتفاوضة تربطها علاقة عقدية مبنية على وجود اتفاق مبدئي في الدخول في المفاوضات لإبرام عقد(1).

---

(1) محمد، عمر سالم (2010). الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد، بحث منشور على شبكة الإنترنت عبر موقع منتدى المحامين العرب، ص4.

فإذا تخلّف أحد الأطراف عن تنفيذ التزاماته، وانسحب من المفاوضات دون سبب، مما أحدث ضرراً للطرف الآخر، فإنه في هذه الحالة يعتبر مخلاً بالالتزامات المترتبة عليه، وتجب مساءلته على أساس قواعد المسؤولية العقدية. وعليه، سأبين الشروط التي تقوم عليها هذه المسؤولية وهي الخطأ العقدي والضرر والعلاقة السببية.

**أولاً : الخطأ العقدي:**

يتحدد الخطأ العقدي في حالة عدم تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق الطرف المفاوض، فقيام أي من أطراف التفاوض يقطع المفاوضات دون سبب، فإن هذا الطرف يكون قد ارتكب خطأ بحق الطرف الآخر يوجب عليه المسؤولية نتيجة عدم التزامه بمبدأ حسن النية في التفاوض[1].

وقد سارت محكمة الاستئناف في فرنسا على هذا الاتجاه، حيث عرضت أمامها قضية عام 1969 أكدت أن أي خطأ يرتكب أثناء المفاوضات يجب أن يكون بّيناً، وقد أعلنت المحكمة أنه في مرحلة المفاوضات العقدية يترتب على أطراف التفاوض التزامات تتعلق بالنزاهة وحسن النية، وهذه الالتزامات تتعلق بتصرفات الطرفين أثناء المفاوضات، وأكدت المحكمة على أن المفاوضات تهدف إلى أن يقوم كل طرف بدراسة المكاسب والخسائر للعقد الذي يتفاوض بشأنه[2].

---

[1] دسوقي، محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص123.

[2] نقلاً عن: محمد، عمر سالم، مرجع سابق، ص5.

ولهذا يجب أخذ الحيطة عند فرض أي التزام على الطرفين في هذه المرحلة وذلك بعدم تعريض الحرية الفردية لأي تهديد والحفاظ على استقرار قواعد المعاملات التجارية(1).

واستناداً إلى مبدأ الحرية في التعاقد، فإنه يستطيع أي طرف قطع المفاوضات في أي وقت وأي مرحلة وصلت إليها المفاوضات شريطة وجود سبب مشروع.

وقد قضت محكمة استئناف ريو الفرنسية عام 1992 بأن لكل طرف متفاوض الحرية الكاملة في قطع المفاوضات في أي وقت، ولكن هذا القطع يعتبر خاطئاً إذا تم في وقت كانت فيه المفاوضات قد وصلت إلى مرحلة متقدمة، بحيث تجعل المتفاوض الآخر يعتقد اعتقاداً مشروعاً أن العقد في سبيله إلى الانعقاد(2).

ويتمثل الخطأ العقدي أيضاً في مرحلة المفاوضات العقدية في حالة قيام أحد الأطراف بالاطلاع على أسرار الطرف الآخر نتيجة المفاوضات وقيامه باستغلال ذلك لأغراض خاصة فيه، فعندئذ يعدّ مخطئاً نتيجة إخلاله بالالتزام بالمحافظة على الأسرار التي يتم الاطلاع عليها أثناء التفاوض(3).

---

(1) Cass Soc 22 fev. 1994. Bull. Civ, IV No 2, p. 55 Mestre Dune Prolongation fautive ole la Periode Precotract ract uelle, R.T.D. Civ. 1994, p. 850 etc. نقلاً عن: يزيد، أنيس نصير، مرجع سابق، ص222، العلواني، فؤاد، والربيعي، عبد، مرجع سابق، ص26–27.

(2) C.A. Riom 10 Juin, 1992, R.G.D.A. 1992, N 893, p 732, RTD Civ, 1993, p. 343, J. Mestre. نقلاً عن: زكي، محمود جمال الدين، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، القاهرة، 1978، ص143.

(3) جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 1966/1/27: "أن هذه المحكمة ترى أن التكييف الصحيح للوقائع حسبما سجلها الحكم الابتدائي والمطعون فيه هو اعتبار ما تم بين الطرفين لم يجاوز مرحلة المفاوضات على تكوين شركة بينهما، وأن الطاعن لم يكن جاداً في هذه المفاوضات ولم يكن أبداً يقصد أن تبلغ غايتها من عقد الشركة مع المطعون ضده، بل إنه أوهم الأخير برغبته في تكوين هذه الشركة لمجرد الحصول منه على فكرة المشروع واستخدامه في اختيار الآلات اللازمة للمصنع لدرايته بذلك على أن تقوم بتنفيذ المشروع شركة يكونها الطاعن مع آخرين ممن يقبلون المساهمة معه في رأس مال الشركة وهو ما تم له فعلاً بتكوينه الشركة مع الأستاذ الذي ساهم بنصف رأس المال، وذلك بخلاف الطاعن الذي كان يريد أن يشترك بعمله فحسب. ولما كان مسلك الطاعن على النحو المتقدم تجاه المفاوضات التي أجراها مع المطعون

كما قد يتمثل الخطأ العقدي في قيام أحد أطراف المفاوضات بقطعها عندما يتبين له أن مشروع العقد المنشود قد يؤدي إلى مخاطر أو خسارة قد تلحق به، أو أن يقوم بقطع المفاوضات عندما يكتشف وجود محادثات أخرى مع شخص آخر وأنها على وشك الانتهاء وتوفر له شروط أفضل(1).

**ثانياً: الضرر:**

"يتحقق الضرر في مرحلة المفاوضات العقدية من خلال الضرر المادي ويكون من خلال النفقات التي دفعها الطرف المتضرر للدراسات والمصروفات على المشروع المتعاقد عليه، وفي الوقت الذي أضاعه في المفاوضات بدون جدوى. كما قد يتحقق الضرر معنوياً ويتمثل في الإساءة لسمعته التجارية ويقع عبء الإثبات على المتضرر"(2).

"ويشترط في الضرر أن يكون محققاً، فالمسؤولية لا تقوم على الضرر الاحتمالي، وإنما تقوم على الضرر المستقبلي وفوات الفرصة لأنهما محققين، ويشترط في الضرر أن يكون مباشراً بحيث يكون نتيجة لعدم الوفاء بالالتزامات أو التأخير في الوفاء بها"(3).

---

ضده، وعدم إخطاره الأخير بقطع المفاوضات في وقت مناسب يعتبر خطأ من الطاعن، وقد ترتب على هذا الخطأ ضرر للمطعون ضده يتمثل فيما تكبده من خسارة بسبب اضطراره لإهمال محله التجاري خلال المدة التي قضاها في الخارج لأجل اختيار الآلات للمصنع اعتماداً على أن الطاعن جاد في وصول المفاوضات إلى غايتها وكذلك الخسارة التي لحقت بالمطعون ضده من جرّاء حصول الطاعن منه على فكرة المشروع والسبق في تنفيذه مما نال من سمعته واعتباره في السوق التجاري. وعليه، فالطاعن ملزم بالتعويض عن هذه الأضرار الناتجة عن خطأ عملاً بالمادة (163) من القانون المدني، وحيث استند المطعون ضده في دعواه إلى الخطأ العقدي، فإن هذا لا يمنع المحكمة الاستئنافية من أن تبني حكمها بالتعويض على خطأ تقصيري متى ثبت لها توفر هذا الخطأ. مجموعة أحكام النقض، س17، ص182، رقم 24، نقلاً عن: حسين، محمد عبد الظاهر، مرجع سابق، ص158–159.

(1) محمد، عمر سالم، مرجع سابق، ص6.

(2) حسين، محمد عبد الظاهر، مرجع سابق، ص159.

(3) عمّار، صابر محمد، مرجع سابق، ص20.

هذا ويجيز المشّرع العراقي في نطاق المسؤولية العقدية التعويض عن الخسارة الواقعة والكسب الفائت، وهذا ما أكدته المادة (3/169) من القانون المدني، بخلاف المشّرع الأردني الذي حصر التعويض في مجال المسؤولية العقدية على الضرر الواقع فعلاً دون الكسب الفائت[1].

**ثالثاً: رابطة السببية:**

من أجل قيام المسؤولية العقدية، فإنه يجب توافر رابطة سببية تربط بين الخطأ والضرر، فيجب أن يكون سبب الضرر هو الخطأ العقدي الذي قام به المدين، وتطبق بشأنها القواعد العامة في المسؤولية المدنية العقدية.

**الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية في مرحلة المفاوضات:**

"عند قيام أحد أطراف التفاوض بالإخلال بالالتزامات المترتبة عليه أثناء المفاوضات التعاقدية ونشأ عن ذلك حصول ضرر للطرف الآخر، فإنه يشترط وجود علاقة سببية بين الخطأ الحاصل من الطرف المخل بالتزاماته وبين الضرر الحاصل للطرف الآخر، وإن المسؤولية في هذه الحالة تقوم على أساس الإخلال بالالتزام بواجب تعاقدي، وبما أننا لا زلنا في مرحلة إبرام العقد ولم ينعقد لغاية الآن، فإننا سنقوم بتطبيق قواعد المسؤولية على الطرف المخل بالتزامه والذي سّبب ضرراً للطرف الآخر، وهذه المسؤولية هي التي تنتج عن الفعل الضار والتي تسمى المسؤولية التقصيرية"[2].

---

[1] انظر: المادة (363) مدني أردني.

[2] بارود، حمدي، مرجع سابق، ص122.

وقد بّينا سابقاً ما يتعلق بالمسؤولية العقدية، وكيف أنه يمكن تطبيقها على أطراف التفاوض، وقد بّين بعض الفقهاء[1] "أن المسؤولية التي تحكم مرحلة التفاوض والتي تعتبر من أسهل وأيسر الوسائل تطبيقاً على هذه المرحلة، هي نظرية المسؤولية التقصيرية، كما أن القضاء الفرنسي أقّر بأن المسؤولية عن القطع التعسفي أو عن إفشاء الأسرار في المفاوضات العقدية هي مسؤولية تقصيرية"[2].

وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية جاء فيه: "أنه لا تشترط نية الإضرار حتى تقام المسؤولية على الفاعل، لأن المادتين (1382) و (1383) من القانون المدني الفرنسي لا تشترطان نية الإضرار، وبحسب رأي الفقيه (GHESTIN) فإن قطع المفاوضات العقدية هو سبب كافي لقيام المسؤولية وفق قواعد المسؤولية التقصيرية في القانون المدني. وفي موضوع آخر فقد أخذ القضاء الفرنسي بقواعد الأخلاق في المفاوضات العقدية وذلك عندما أقام المسؤولية على الطرف الذي يتعسف في قطع المفاوضات، فيجب عليه التعويض عن الكسب الفائت والخسارة اللاحقة بالطرف الآخر وذلك لأنه من الممكن أن يكون قد فّوت الفرصة على المتعاقد الآخر بإبرام العقد مع شخص آخر"[3]، وقد يكون هدف أحد الأطراف من القيام بالمفاوضات العقدية هو الحصول على بعض الأسرار الموجودة لدى الطرف الآخر وهو في الأساس لا توجد لديه نية التعاقد. وقد قضت محكمة النقض المصرية: "بأن الطرف الذي يقوم بقطع المفاوضات نتيجة عدم جديته في التفاوض بمسؤوليته مسؤولية تقصيرية عما لحق بالطرف الآخر من ضرر"[4].

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص221؛ والحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص173؛ ولطفي، محمد حسام، مرجع سابق، ص58.

(2) السرحان، عدنان، وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص94.

(3) نقلاً عن: السرحان، عدنان، وخاطر، نوري، مرجع سابق، ص94.

(4) نقض مدني 27 يناير 1966، مجموعة المكتب الفني، عدد 17، رقم 24، ص182، نقلاً عن: أبو زيد، محمد، مرجع سابق، ص169.

"ومن القضايا المشهورة في هذا الموضوع تتلخص في أن شخصاً عرض على آخر أن يفكر له بمشروع يستثمر فيه أمواله ويكون شريكاً له فيه، فقبل هذا العرض وأخذ يفكر في مشروع فريد من نوعه حتى اهتدى إلى إنشاء مصنع لعمل وطبع الاسطوانات الخاصة بالأغاني في مصر يكون الأول من نوعه في الشرق الأوسط، وعرض الفكرة عليه فرحب بها بعد أن درسها وجرت بينهما مناقشات ومفاوضات وتم البدء بأول مرحلة وهي التي أسفر عنها الاتفاق على السفر إلى أوروبا، وفعلاً سافر على طلب من الأول من أجل اختيار الآلات اللازمة واشترى أفضلها، وبمجرد وصول الآلات قام الأول بالتنكر لهذا الشخص ورفض تحرير عقد الشركة معه واستأثر بالآلات لنفسه وقام بعقد شركة مع آخرين لتنفيذ نفس المشروع الذي كان وليد تفكير الثاني، وقضت المحكمة باعتبار الأول مسؤولاً مسؤولية تقصيرية لأنه لم يكن جاداً في هذه المرحلة عندما بدأ بالمفاوضات"[1].

وفي قرار لمحكمة التمييز الأردنية جاء فيه: "أن الضرر يقدر بقدر ما لحق بالمضرور من ضرر وما فاته من كسب شريطة أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار عملاً بأحكام المادة (266) من القانون المدني الأردني"[2].

وقضت محكمة التمييز الأردنية أن المسؤولية التقصيرية تثبت بمجرد توافر الضرر دون الخطأ حيث جاء فيه: "يستفاد من نص المادتين (256) و (257) من القانون المدني الأردني أن الفعل الذي ينتج عنه ضرر يلزم فاعله بالتعويض لأنه يلزم فقط بإثبات توافر الضرر دون الخطأ، وبذلك فإن ما توصلت إليه المحكمة بقرارها المستأنف بعدم توافر المسؤولية التقصيرية القائمة على ثبوت وقوع الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما وبالنتيجة رد الدعوى، فإن ذلك

---

[1] نقلاً عن: محمود، جلال حمزة، مرجع سابق، ص209.

[2] تمييز حقوق رقم 92/534 هيئة خماسية تاريخ 1993/9/11 (منشورات مركز عدالة).

مخالف لأحكام القانون المدني الأردني الذي أخذ بالنظرية الموضوعية للفعل الضار التي تقوم على افتراض الخطأ ويلزم لإثباتها توافر الضرر دون الخطأ، وذلك لأن إلحاق الضرر بالغير يعد فعلاً محظوراً لذاته تقوم به وحدة مسؤولية الفاعل لأنه يمثل اعتداء على حق الغير وماله مما يترتب على ذلك أحقية الجهة المدعية بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها بمواجهة المدعى عليها"[(1)].

كما نجد أن وقت قطع المفاوضات له أثره في مدى اعتبار الطرف الذي توقف عنها مخطئاً أم لا، فإذا كان الطرفان قد قطعا شوطاً طويلاً في المفاوضات ونشأ لدى كل واحد منهما الاعتقاد بقرب الوصول لإبرام العقد ثم فجأة توقف أحدهما وبدون سبب يبرر ذلك، فإنه في هذه الحالة يعتبر مخطئاً بحق الآخر، وقضي في ذلك: "بأنه إذا كان الأساس في المفاوضات السابقة على التعاقد هو حرية قطع هذه المفاوضات في أية لحظة، فإن ذلك لا يكون مقبولاً إذا كانت الأعمال التحضيرية قد أخذت وقتاً طويلاً وأنها كانت شديدة بدرجة تبعث على الاعتقاد لدى كل طرف في المفاوضات بأن الآخر جاد في التعاقد، فإن قطع هذه المفاوضات بعد ذلك من جانب أحد الطرفينيكون بلا شك خاطئاً ويسبب ضرراً ويعطي للطرف الآخر الحق في المطالبة بالتعويض"[(2)].

---

(1) تمييز حقوق رقم 2010/263 هيئة خماسية تاريخ 2010/7/13 (منشورات مركز عدالة).

(2) Mestre (j) observation sous – Riom 3 em 1 ch, 10-6 1992, Rev, TR – Dr. civ, 1993, p. 343. وفي حكم لمحكمة الاستئناف الكويتية نجد أنها خالفت هذا القرار حيث قررت أنه: "لا بد لتمام العقد من صدور إيجاب من أي من المتعاقدين يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر، ومن يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأي في العادة على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد مفاوضات، والقانون لا يرتب في الأصل على هذه المفاوضات أثراً قانونياً، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد ولا مسؤولية على من عدل، بل هو لا يكلف بإثبات أنه عدل لسبب جدي وليست المفاوضات إلا عملاً مادياً لا يلزم أحد، على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسؤولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه، ولكن المسؤولية ليست تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسؤولية تقصيرية مبنية على الخطأ، والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف

ويمكن القول: أن قيام أطراف العقد بالتفاوض عليه بقصد الوصول إلى نتيجة واحدة وهي توقيع العقد، فإنه في حال كانت النتيجة إيجابية وتم توقيع العقد فلا وجود لأي مسؤولية تترتب إلا التي يرتبها العقد ذاته على الطرفين المتعاقدين، أما إذا كانت نتيجة المفاوضات سلبية وقام أحد الأطراف بقطع المفاوضات، فإنه عندئذ تجب عليه مسؤولية وهذه المسؤولية هي مسؤولية عقدية إذا كان قد تم توقيع بعض العقود التي تمهد للتعاقد مثل عقد التفاوض مع الغير طوال فترة المفاوضات، وعقد ضمان سرية تبادل المعلومات، ويشترط توافر أركان المسؤولية العقدية المتمثلة بالخطأ والضرر والعلاقة السببية، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية بأن "من المتفق عليه أن المسؤولية العقدية لا تقوم إلا بتوافر أركانها الثلاث وهي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية، والخطأ هنا قائم على الإخلال بالتزام تعاقدي"[(1)].

وتكون هذه المسؤولية مسؤولية تقصيرية في حالة إخلال أحد أطراف التفاوض بمبادئ النزاهة وحسن النية والمتمثلة بقطع المفاوضات دون سبب بحيث يؤدي ذلك إلى حصول الضرر للطرف الآخر الذي اعتقد جازماً بأن العقد على وشك التوقيع، فللمتضرر الحق بالحصول على التعويض متى أثبت الخطأ والضرر الذي أصابه.

"أما بالنسبة لموضوع الخيرة بين المسؤوليتين، فإنه قد يجتمع في موضوع واحد شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية التقصيرية، ففي هذه الحالة فإنه لا يجوز للدائن مطالبة المدين بتعويضين، تعويض على أساس المسؤولية العقدية، وآخر على أساس المسؤولية التقصيرية، كذلك لا يجوز للدائن الجمع في دعواه بين خصائص المسؤولية العقدية وخصائص

---

الآخر الذي أصابه من العدول". محكمة الاستئناف العليا، الدائرة التجارية الأولى، 1989/1/30، منشور في مركز تصنيف الأحكام القضائية، كلية الحقوق رقم 1374)، نقلاً عن: حسين، محمد عبد الظاهر، مرجع سابق، ص160–161.

(1) تمييز حقوق رقم 88/390، تاريخ 1988/5/16 هيئة خماسية، (منشورات مركز عدالة).

المسؤولية التقصيرية، وأيضاً لا يجوز للدائن عند رفع الدعوى وخسارتها أن يلجأ إلى الدعوى الأخرى"[1].

وقد اختلف الفقه والقضاء في ذلك، فالبعض يرى أنه "يجوز رفع الدعوى متى تحققت شروطها أياً كانت سواء عقدية أو تقصيرية، أما الرأي الغالب فهو يرى أن دعوى المسؤولية العقدية تلغي دعوى المسؤولية التقصيرية والسبب هو أن علاقة الدائن بالمدين مرجعها العقد وحده"[2].

في حين ذهب اتجاه آخر للقول[3]: "بأنه لا ضير من ابتداع نوع ثالث من المسؤولية المدنية، وتحدد شرائطها وفقاً لاحتياجات العدالة، إذ تحكم قواعدها مرحلة المفاوضة لأنها مرحلة سابقة على إبرام العقد، وفيها خصوصية، وهي أن ما تّم طرحه فيها يعدّ ناتجاً عن إرادة الأطراف المتفاوضة، ولا يجوز تجاهل هذه الإرادة، لذلك يرى هذا الاتجاه بجعل المسؤولية في مرحلة التفاوض مسؤولية خاصة وسابقة على التعاقد تعالج خطأ يتمتع بخصوصية تتمثل في الإخلال بالثقة المشروعة المتولدة في هذه المرحلة، وتعالج ضرراً ناتجاً بمناسبة محاولة إبرام العقد".

وأرى كباحث أن طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات هي مسؤولية تقصيرية حصراً ؛ لأنه يترتب على هذه المفاوضات في حال تم قطعها من قبل أحد الأطراف المتفاوضين ضرر بالنسبة للطرف الآخر، فهنا لا يمكن القول بأنها مسؤولية عقدية وذلك لعدم وجود عقد يحكم العلاقة.

---

(1) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص186.

(2) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص313. وانظر كذلك في نفس الموضوع: الذنون، حسن علي، مرجع سابق، ص246-256.

(3) محمد، عمر سالم، مرجع سابق، ص23.

## المبحث الثاني

## الجزاء القانوني في مرحلة المفاوضات

الأصل أن يقوم المدين بالالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات بتنفيذ هذه الالتزامات طوعاً واختياراً وذلك بغض النظر عن مصدر هذه الالتزامات سواء كان مصدرها مبدأ حسن النية، أو كان مصدرها عقود التفاوض أو العقود التمهيدية التي تنظم مرحلة المفاوضات.

ويكون التنفيذ الاختياري بوفاء المفاوض بما التزم به طبقاً لما هو متفق عليه مع المتفاوض الآخر، أو طبقاً لما يفرضه مبدأ حسن النية الذي يسود مرحلة المفاوضات[1].

وإذا لم يقم المدين بتنفيذ ما التزم به طوعاً واختياراً، فإنه يجبر على التنفيذ، ويكون التنفيذ الجبري بعين ما التزم به المدين، فإن استحال ذلك تّم التنفيذ بطريق التعويض.

ذهب بعض الفقه[2] "إلى أن جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات يمكن أن يكون التنفيذ العيني، في حين عارض البعض الآخر ذلك وقالوا إن الجزاء يقتصر على التعويض (التنفيذ بمقابل)".

وعليه سأبحث كلا الرأيين في مطلبين:

المطلب الأول: التنفيذ العيني.

المطلب الثاني: التنفيذ بمقابل (التعويض).

---

(1) عمّار، صابر، محمد، مرجع سابق، ص21.

(2) سلطان، أنور (1994). الموجز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، ص44-45.

**المطلب الأول: التنفيذ العيني:**

نصت المادة (355) من القانون المدني على أنه: "1- يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً، 2- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز للمحكمة بناءً على طلب المدين أن تقصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً"، وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة (355) من القانون المدني الأردني، فحسب هذا النص يجوز للدائن أن يطلب عن طريق القضاء إجبار المدين على تنفيذ التزامه بشرط أن يكون هذا التنفيذ ممكناً بأن لا يكون فيه إرهاق للمدين.

وقد نظّم القانون المدني العراقي في المادتين (253، 254) وسيلة مالية هي الغرامات التهديدية لحمل المدين المتعنت على تنفيذ التزامه عندما يكون قادراً عليهن وذلك في الأحوال التي يقتضي التنفيذ العيني فيها تدخلاً شخصياً من المدين ودون إخلال بحق الدائن في الجمع بين التنفيذ العيني وبين التعويض النقدي لجبر ما لحقه من ضرر بسبب التأخير في التنفيذ، في حين لم ينظم المشّرع الأردني هذه الوسيلة؛ رغم أهميتها.

فهل يجوز إجبار المفاوض على التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات عن طريق اللجوء إلى القضاء؟

في مجال الالتزام بالاستمرار في التفاوض الذي يفرضه حسن النية، ذهب جانب من الفقه إلى أنه يمكن الحكم بالتنفيذ العيني على المتفاوض الذي قطع المفاوضات وامتنع عن تنفيذ التزامه بالاستمرار في التفاوض، ويتحقق التنفيذ العيني في هذا السياق باعتبار العقد الذي حال قطع المفاوضات دون انعقاده منعقداً جبراً على إرادة المفاوض الذي قطعها، فمثلاً لو قطعت المفاوضات نتيجة رجوع الموجب عن إيجابه، فإن الموجب إليه يعوض باعتبار العقد منعقداً جبراً على إرادة الموجب الذي نقض الإيجاب، وقد دعم هذا الجانب من الفقه رأيه بحكم للقضاء

الفرنسي في قضية قطع فيها أحد المتفاوضين المفاوضات وتعاقد مع الغير بشأن محل المفاوضات، حيث لم تلتفت محكمة الموضوع إلى قطع المفاوضات، هذا وقضت بأن العقد أبرم مع المتفاوض الأول الذي كان الإيجاب قد وجه إليه ابتداءً وذلك بعد أن استبعدت تعاقد المتفاوض مع الغير إذا لم تر ذلك جدياً [1].

ويرى بعض الفقه استبعاد إجبار المدين على التنفيذ العيني في مجال التفاوض وذلك لأن محل الالتزام هو التفاوض، ومن ثم يستحيل إجبار المدين على التفاوض أو اختيار من يمثله فيه، كما أنه لا يتصور أن يحل القضاء محل إرادة الأطراف في إبرام العقد[2].

وأرى كباحث أنه لا يمكن القول بإمكانية إجبار المدين على التنفيذ العيني في مرحلة المفاوضات، ليس فقط بالنسبة للالتزام بالاستمرار في التفاوض، بل بالنسبة للالتزامات الأخرى الناشئة خلال مرحلة المفاوضات، وذلك لأن المفاوضات، كما بينا، يحكمها مبدآن: مبدأ حرية التعاقد، ومبدأ حسن النية، ويستطيع المتفاوض، استناداً لحرية التعاقد، وبحسب ما يراه، أن يضع حداً لهذه المفاوضات.

**المطلب الثاني: التنفيذ بمقابل (التعويض):**

بّينا سابقاً أنه لا يمكن إجبار المتفاوض على تنفيذ الالتزامات في مرحلة المفاوضات، فلذلك إذا أخلّ المتفاوض بهذه الالتزامات، فلا يبقى أمام الدائن إلا اللجوء إلى التنفيذ بمقابل (التعويض)، باقتضاء مبلغ من النقود لتغطية الضرر الذي أصابه من جرّاء إخلال المفاوض الآخر بهذه الالتزامات، ويختلف مدى الضرر الذي يعوّض عنه حسب ما إذا كنا أمام مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية، فإذا كان مصدر الالتزامات في مرحلة المفاوضات هو العقود

---

[1] العلواني، فؤاد، والربيعي، عبد، مرجع سابق، ص26.

[2] مرقس، سليمان، مرجع سابق، ص174.

التمهيدية التي يبرمها طرفي التفاوض لتنظيم سير المفاوضات[1]، فإن المفاوض المدين بهذه الالتزامات يسأل عن الإخلال بها مسؤولية عقدية، فيعوض المفاوض الآخر عن الضرر المباشر المتوقع فقط إلا إذا أثبت المفاوض (الدائن بالالتزام) أن المفاوض المدين بالتزام قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً فإنه يعوض عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع، وبينت الفقرتان (2، 3) من المادة (169) من القانون المدني العراقي ذلك بنصها على: "2- ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام أو لتأخره عن الوفاء به، 3- فإذا كان المدين لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً، فلا يجاوز في التعويض ما يكون متوقعاً عادةً وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت".

أما إذا لم تكن المفاوضات ذات طبيعة عقدية لغياب اتفاق الطرفين الصريح على تنظيم شروطها وإجراءات سيرها وتوثيق المسائل التي اتفقا عليها خلالها، فإن المفاوضات تبقى حسب رأي بعض الفقه محتفظة بطبيعتها الأصلية كونها مجرد وقائع مادية، وبالتالي فإن المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عنها والتي يفرضها مبدأ حسن النية تكون مسؤولية تقصيرية، فيغطي التعويض الضرر المباشر كله متوقعاً كان أم غير متوقع[2].

---

[1] يتعذر تنفيذ الالتزامات التي ترتبها العقود التمهيدية تنفيذاً عينياً لما في ذلك من مساس بحرية المدين لشخصية، فمثلاً إذا ألزم مورد التكنولوجيا بموجب شرط في العقد نفسه بالتفاوض لأجل التوصل إلى اتفاق على إضافة التحسينات الجديدة على هذه التكنولوجيا، فإن الأمر يتعلق بحريته الشخصية على نحو لا يتصور معه إجباره على التفاوض إذا ما رفض التفاوض، لما يعينه ذلك من مصادرة لحريته الشخصية، فضلاً عن إن التنفيذ العيني يفترض وجود إرادة منه في التفاوض وهو ما يستحيل الإجبار عليه، ولذلك فلا يبقى من جزاء سوى التعويض. راجع: الكيلاني، محمود، مرجع سابق، ص76.

[2] ملحم، سعد حسين، مرجع سابق، ص28؛ ومحمد، عمر سالم، مرجع سابق، ص18.

إن المبدأ الذي يحكم التعويض والمسلّم به في كل قوانين العالم هو مبدأ التعويض الكامل للضرر، والذي مفاده أن التعويض يجب أن يكون بمقدار الضرر دون أن يزيد أو ينقص عن هذا المقدار، فالهدف من المسؤولية المدنية هو إعادة المضرور على نفقة المسؤول إلى الوضع الذي كان عليه قبل حدوث الضرر، وهذا لا يتحقق إلا إذا كان التعويض كاملاً يغطي كل عناصر الضرر الذي أصاب المضرور[1].

وعناصر الضرر في القانون المدني العراقي هي: الكسب الفائت، والخسارة الحالية.

إن الطبيعة لهذه المسؤولية والمرتبط أصلاً، وكما بّينا، بطبيعة المفاوضات بأن التعويض يشمل فقط الخسارة الحالية (الضرر الذي يصيب المصلحة السلبية)، ولا يغطي الكسب الفائت (الضرر الذي يصيب المصلحة الإيجابية) [2].

وتتحدد الخسارة التي تلحق بالمتفاوض من جّراء إخلال المتفاوض الآخر بالمفاوضات بمقدار النقص المالي الذي لم يكن يصيب المتفاوض لو تولد المفاوضات لديه ثقة بأن العقد سيبرم لا محالة، ويتمثل ذلك في النفقات التي صرفها في سبيل التحضير لإبرام العقد، كنفقات إعداد الدراسات، وتكاليف استشارة الخبراء، وأجرة الخازن، وأجرة الوسطاء، ومصاريف السفر لمعاينة الأجهزة والآلات التي يجري التفاوض لشرائها ... إلخ[3].

ولا يشترط في الخسارة التي يعوض عنها أن تكون مادية، بل من المتصور أن تكون أدبية كما في حالة أثارت الأقاويل حول السمعة أو المركز المالي للمتفاوض، فمثلاً قد يثق المتفاوض بأن المفاوضات ستؤدي حتماً إلى إبرام العقد فيعتمد على ذلك ويبرم عقد آخر مع

---

[1] أبو الليل، إبراهيم الدسوقي (1995). تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، جامعة الكويت، ط1، ص47.
[2] ملحم، سعد حسين، مرجع سابق، ص21.
[3] حجازي، عبد الحي، مرجع سابق، ص596-597.

الغير، ثم لا يستطيع تنفيذ هذا العقد بسبب قطع المفاوضات، فيضعف الثقة والائتمان به وتسوء سمعته التجارية[1].

الخلاصة التي نخرج بها مما سبق هي أن التعويض عن الإخلال بالمفاوضات يقتصر على الخسارة التي أصابت المتفاوض دون الكسب الذي كان سيحصل عليه لو أبرم العقد، لكن هل يجوز التعويض عن فوات فرصة التعاقد مع الغير؟[2].

ذهب رأي إلى القول بعدم جواز التعويض عن فوات الفرصة، لأن المتفاوض عندما تعرض عليه صفقة أفضل من الصفقة التي يجري التفاوض بشأنها أو مماثلة لهذه الصفقة من حيث الفائدة، فيكون من حقه الانسحاب من المفاوضات ليستثمر هذه الفرصة ويتعاقد مع الغير، وانسحابه هذا المشروع لا يرتب عليه المسؤولية، أما إذا لم يستغل هذه الفرصة واستمر في المفاوضات فمعنى ذلك أنه اعتمد على المفاوضات للوصول إلى إبرام الصفقة التي عرضت عليه، وهو بذلك يضارب فيتحمل وحده مخاطر هذه المضاربة، فإذا خاب ظنه بالمفاوضات لانسحاب المتفاوض الآخر منها، فلا يعوض عن فرصة التعاقد مع الغير التي ضاعت عليه[3].

لكن هذا الرأي منتقد، إذ إنه ليس للمتفاوض حرية مطلقة في قطع المفاوضات، إذ قد يفرض عليه حسن النية، ونزاهة المعاملات الاستمرار بالمفاوضات خاصة عندما تصل إلى مرحلة متقدمة أن يصدر عن المتفاوضين تعبير يكشف عن نية حقيقية في إبرام العقد، فتوجد بذلك الثقة المشروعة في إبرام العقد، وبذلك يجد المتفاوض نفسه ملزماً بالاستمرار في المفاوضات دون الالتفات إلى فرص التعاقد الأخرى مع الغير التي قد تعرض عليه، فإن قطع المفاوض الآخر المفاوضات دون مبرر مشروع، فإنه يستحق التعويض عما ضاع عليه من

---

[1] محمد، عمر سالم، مرجع سابق، ص20.

[2] انظر في التعويض عن تفويت الفرصة: أبو الليل، إبراهيم الدسوقي، مرجع سابق، ص209-236.

[3] ملحم، سعد حسين، مرجع سابق، ص27.

فرص التعاقد مع الغير[1]، وقد تبنى القضاء الإيطالي تعويض المتفاوض عن فوات فرصة التعاقد مع الغير، فقد جاء في حكم محكمة النقض الإيطالية في 1960/4/4م: "إذا كان أحد الطرفين، في أثناء المفاوضة، قد أحدث في نفس الطرف الآخر ثقة معقولة في إبرام العقد، ثم قطع المفاوضات دون سبب معقول أو بسوء نية، فإنه يكون ملزماً بتعويض الأضرار في حدود المصلحة السلبية، أي المقصورة على المصاريف التي قد أنفقتها في سبيل إبرام العقد، أو على الخسائر التي تكبدها بسبب فوات فرص أخرى على أثر قطع المفاوضات دون مبرر"، وجاء في حكمها الصادر في 1956/6/9م: "قطع المفاوضات السابقة على التقاعد أو وقفها دون عذر مقبول ينشأ عنه حق للمضرور في تعويض الأضرار، ولكن في حدود ما يُسمى بالمصلحة التعاقدية السلبية، وتتكون هذه من المصاريف التي يكون الطرف غير المخطئ قد تكبدها في سبيل إبرام العقد، وكذلك الضرر الناشئ من عدم إبرام عقد مع الغير له نفس محل العقد الذي جرت بشأنه المفاوضات، وله نفس مزايا العقد الذي لم يبرم أو كانت له مزايا أكثر"[2].

---

(1) النكاس، جمال فاخر، مرجع سابق، ص175.

(2) نقلاً عن: حجازي، عبد الحي، مرجع سابق، ص595.

## الفصل الخامس

## الخاتمة والنتائج والتوصيات

في ختام هذه الدراسة والتي تناولت موضوعاً هاماً وهو النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد، لا بدّ من بيان أهم النتائج التي تم التوصل إليها والتوصيات التي خرجت بها، وعلى النحو الآتي:

**أولاً: النتائج:**

يمكننا أن نوجز نتائج هذه الدراسة فيما يلي:

1. تتأكد للمفاوضات، في وقتنا المعاصر، وظيفتها القانونية والاقتصادية لا باعتبارها وسيلة لإبرام العقد فحسب، ولكن باعتبارها أيضاً وسيلة للإبقاء والمحافظة عليه من التصدع، فالمفاوضات في المرحلة قبل العقدية تستهدف الإعداد الجيد لإبرام العقد، بحيث يستطيع كل طرف أن يتبين حقيقة التعاقد الذي يتفاوض بشأنه، فيقدم أو لا يقدم، أما في المرحلة اللاحقة على إبرام العقد، فإن المفاوضات تستهدف إنقاذه من التصدع الذي يمكن أن يلحقه بسبب الظروف الصعبة التي قد تطرأ أثناء التنفيذ.
2. يشير الواقع العلمي إلى أن المتفاوضين يتوجهون، في معرض الموازنة، بين إخضاع نشاطهم التفاوضي لعلاقة عقدية، وبين تركه بعيداً عن الارتباط التبادلي، إلى تفضيل الأمر الأول، فالمفاوضات تكلفهم الكثير من المال، والجهد، والوقت، لذا يجب أن تخضع لنظام يكفل لكل طرف الحماية القانونية الفعّالة.
3. ضرورة اهتمام طرفي المفاوضات بصياغة المستندات والأوراق المتبادلة بينهما، هذا من ناحية، والإلمام بالقانون واجب التطبيق، من ناحية أخرى.

4. إذا كان نجاح المفاوضات في القيام بدورها يتوقف على التزم طرفيها بمقتضيات مبدأ حسن النية في إطار إبرام العقد، فإن هذا المبدأ يبدو أكثر مجالاً عندما تدور المباحثات في إطار المفاوضات، ولعل ما عرضت له الدراسة بشأن الالتزامات الناشئة على عاتق كل طرف بمقتضى علاقاتهما التفاوضية، من جانب أول، ثم للجزاء الذي يمكن توقيعه عن مخالفة هذا الالتزام من جانب ثان ما يؤكد ذلك.

5. إن الغاية من تحقيق الالتزامات المترتبة على المفاوضات التمهيدية للتعاقد يتمثل بالآتي:

أ. حماية مبدأ حسن النية، ليس في نطاق تنفيذ العقد فحسب، وإنما في نطاق تكوين العقد أيضاً، فمن شروط هذا المبدأ في تكوين العقد أن يلزم المتعاقدان في مرحلة المفاوضات العقدية بعدم كتمان المعلومات الضرورية للتعاقد.

ب. حماية الرضا من عيوب الإرادة، وذلك من منظور جديد يتمثل بمرحلة ما قبل التعاقد، إذ على كل متعاقد أن يحرص على صدور رضا مستنير بالتعاقد، إذ إن الدور الذي تؤديه النية في تحركها الإرادي يرتبط بالأخلاق ارتباطاً وثيقاً، ومن المبادئ العامة التي فرضها تغلغل الأخلاق في مجال الروابط القانونية مبدأ الغش يفسد كل ما يقوم عليه، ولا يقتصر دور هذا المبدأ على مرحلة حياة العقد وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، بل إنه يهيمن على الفترة السابقة على التعاقد ومنها مرحلة التفاوض أيضاً.

6. إن الالتزام بالأعلام قبل التعاقد هو التزام مستقل عن غيره من الالتزامات التي تتشابه معه ولا سيما في إطار نظرية عيوب الرضا، إذ من الممكن أن نتصور نشوء المسؤولية المدنية عن الإخلال بالالتزام بالأعلام قبل التعاقد على الرغم من عدم تعيب الإرادة أصلاً، كما نجد أن هناك الطرف المذعن في عقود الإذعان، في حين أن المشّرع العراقي لم يعالج هذه المسألة في المفاوضات التمهيدية للتعاقد.

7. لم نجد فيمن أخذ بنظرية المسؤولية التقصيرية من أنكر إمكان انعقاد المسؤولية العقدية أيضاً كلما قام دليل على توافر علاقة عقدية بين الأطراف في المفاوضات التمهيدية للتعاقد، وتتوافر هذه العلاقة إذا ما وجد عقد ينظم عملية التفاوض أو تلاقي للإيجاب مع القبول يستشف من ورقة وقعت أو اتفاق تم في المرحلة قبل العقدية، ومن ثم فإن المسؤولية العقدية للمتفاوض ستنعقد كلما أمكن إثبات وجود عقد، محصلة تطابق الإيجاب مع القبول بين الأطراف إما لتنظيم عملية التفاوض، أو لرصد النقاط التي تم حسمها بالفعل تفاوضاً .

8. لما كان من متطلبات الثقة في المفاوضات التمهيدية للتعاقد أن تكون مشروعة، فإن هذه المشروعية لا بد أن تستخلص من الظروف المحيطة بوقائع المفاوضات ذاتها، فالثقة تكون مشروعة أو غير مشروعة تبعاً لطبيعة المفاوضات، وفيما إذا كانت في بدايتها أم أنها متقدمة، بمعنى أنها في أقرب مرحلة من إبرام العقد، وتبعاً لمؤهلات المتضرر في قطع المفاوضات، لذلك عندما تجري المفاوضات بين مهني وشخص عادي لأجل إبرام عقد تؤخذ بعين الاعتبار دراية الممتهن وكفاءته، وذلك لغرض توفير حماية قانونية كافية للشخص العادي، ويوسع نطاق مسؤولية الطرف الممتهن، فبمجرد إخلاله بالالتزام بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بمحل العقد للطرف الآخر، يكيف سلوكه بالخطأ، فالمهني ملزم بالتصرف بأكثر صرامة من شخص عادي.

**ثانياً: التوصيات:**

خرجت الدراسة بعدد من التوصيات، من أهمها:

1. إن القانون المدني العراقي والقانون المدني الأردني مدار البحث قد خلا من أي نص قانوني لتنظيم عملية المفاوضات، ولذلك وفي ظل هذا الوضع فإنه يتم النظر إلى المفاوضات على اعتبار أنها مجرد أعمال مادية، ولذلك على المشّرعان العراقي والأردني أن يوردا تنظيماً

قانونياً لمرحلة المفاوضات مع التركيز على مبدأ حسن النية، وعليه نوصي هذين المشّرعين أن يفرضا الأخذ بمبدأ حسن النية بوصفه قاعدة للسلوك بمفهومه الموضوعي على الأطراف المتفاوضة بأن تراعيه عند التفاوض، ومن ثم سيجد المتفاوضون لهم سنداً في محاسبة من يخالف الالتزامات التي يفرضها حسن النية عند التفاوض، وعليه نقترح على المشّرع العراقي أن يضيف بنداً ثالثاً إلى نص المادة (150) من القانون المدني لتكون على النحو الآتي: "1- يجب على المتفاوضين للتعاقد أن يلتزموا بما يفرضه مبدأ حسن النية من التزامات"، وكذلك المشّرع الأردني في المادة (202) من القانون المدني، ومن هنا سيفرض هذا المبدأ على كل واحد من المتفاوضين واجب القيام بعمل إيجابي يتمثل في التعاون مع المتفاوض الآخر والإدلاء له بالتفاصيل كافة حول العقد المراج إبرامه بما يكون لدى هذا المتفاوض الرضا المستنير بالتعاقد أو يوصله إلى قناعة تامة بالعدول عن المفاوضات على اعتبار أن التعاقد ليس في مصلحته، وهكذا نجد بعد أن كان المفهوم التقليدي لمبدأ حسن النية ذا طبيعة سلبية تتمثل بعدم الغش والخداع أو التضليل، فإن هذا المبدأ أصبح في الوقت الحاضر ذا طبيعة إيجابية، وهذا من شأنه أن يخلق أساساً قانونياً للمسؤولية هو ضرورة استناد المعاملات إلى الأمانة والأخلاق والثقة.

2. نظراً لأنه ليس هناك قانون خاص بحماية المستهلك في العراق والأردن حتى لحظة إعداد هذه الدراسة، ولأهمية التعاملات التي يقوم بها المستهلكون، نوصي المشّرعين العراقي والأردني بالإسراع في إصدار قانون خاص بذلك يتضمن تحديد مفهوم الشرط التعسفي لكي يتمكن من تحقيق نوع من التوازن والتعادل ما بين طرفين يتوضح بينهما وبشكل صريح عدم التعادل في المركز الاقتصادي وفي المعرفة التكنولوجية وخاصة في الوقت الراهن.

3. نقترح على المشّرعان العراقي والأردني أن يعدّلا نص المادة (204) مدني أردني، والمادة (167) مدني عراقي المتعلقة بحماية الطرف المذعن في عقود الإذعان بحيث يتضمن التعديل حماية هذا الطرف في مرحلة المفاوضات التمهيدية للتعاقد.

4. نتيجة لضرورات الحياة المتشعبة ومتطلباتها والتقدم التكنولوجي، اقتضت الظروف العصرية حتمية وجود الالتزام بالأعلام في ميدان التعامل وتوسيع نطاقه وتعميمه على جميع أنواع العقود متى توافرت مبررات وجوده وأسبابه، وذلك رغبة في الحد من عدم المساواة في المعرفة والدراية بين أطراف العلاقة التعاقدية، خصوصاً إذا عرفنا أن جمهوراً كبيراً من المتعاملين لم تعد لديهم الخبرة الكافية للإلمام بظروف التعاقد وملابساته في مواجهة منتج محترف ذي علم ودراية واسعة تراكمت لديه نتيجة خبرة طويلة في مجال التعامل، لذلك نوصي المشّرعين العراقي والأردني معالجة هذه المسألة بموجب نص قانوني خاص إما في القانون المدني، أو في قانون حماية المستهلك، أو في قانون المعاملات الإلكترونية.

5. نوصي ضرورة توحيد الطبيعة القانونية للمفاوضات التمهيدية للتعاقد بحيث تحكمها قواعد قانونية واحدة دون تمييز بين صورة وأخرى من صور المفاوضات، وعليه نرى بأن التفاوض على إبرام العقد هو دائماً ذو طبيعة تقصيرية وأن الإخلال بالالتزام بالتفاوض يشكل خطأ تقصيرياً يؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية.

## المراجع

### أولاً : الكتب القانونية:


1. أبو العينين، سمير عبد المنعم (1989)، **أصول الأخلاق الدولية**، القاهرة، ط1.
2. أحمد، محمد شريف (1999). **مصادر الالتزام في القانون المدني**، دار الثقافة، عمّان، ط1.
3. الأهواني، حسام (1991)، **مصادر الالتزام**، دون دار نشر.
4. بدراوي، عبد المنعم (1980). **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام**، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1.
5. تناغو، سمير عبد السيد، وسعد، نبيل إبراهيم (1993)، **النظرية العامة للالتزام**، الجزء الأول، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية.
6. الجبوري، ياسين محمد (2010). **المبسوط في شرح القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام**، الحقوق الشخصية، المجلد الأول، العقد، دار الثقافة، عمّان، ط1، الإصدار الرابع.
7. جمال، مصطفى (2002)، **السعي إلى التعاقد**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1.
8. حجازي، عبد الحي (1982). **النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام**، المجلد 2، مطبعة ذات السلاسل، الكويت.
9. حكيم، عبد المجيد (1993)، **الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية**، الجزء الأول، الشركة الجديدة للطباعة، عمان، ط1.
10. حكيم، عبد المجيد (دون سنة نشر). **الموجز في شرح القانون المدني العراقي**، ج1، في

مصادر الالتزام، مطبعة نديم، بغداد، ط5.

11. داود، أحمد محمد (2012). **أحكام العقد في القانون المدني**، ج1، دار الثقافة، ط1، الإصدار الثاني.

12. دسوقي، محمد إبراهيم (1415هـ)، **الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود**، معهد الإدارة العامة، الرياض.

13. دودين، بشار محمود (2006). **الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت**، دار الثقافة، عمّان، ط1.

14. ذنون، حسن علي (1991)، **المبسوط في المسؤولية المدنية**، ج1، شركة التايمس للطباعة، بغداد.

15. زكي، محمود جمال الدين (1978)، **مشكلات المسؤولية المدنية**، ج1، القاهرة.

16. سرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري (2011). **شرح القانون المدني – مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)**، دار الثقافة، عمّان، ط1، الإصدار الخامس.

17. سعد، نبيل إبراهيم (1995). **النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام**، دار النهضة العربية، بيروت، ط1.

18. سعدي، نصيرة بو جمعة (1987). **عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.

19. سلطان، أنور (1987). **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، منشورات الجامعة الأردنية، ط1.

20. سلطان، أنور (1996)، **الوجيز في مصادر الالتزام**، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1.

21. سليمان، شيرزاد عزيز (2008)، **حسن النية في إبرام العقود**، الطبعة الأولى، دار دجلة، عمان.

22. السنهوري، عبد الرزاق (1998). **الوسيط في القانون المدني، ج1، مصادر الالتزام**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

23. شرقاوي، جميل (1981). **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.

24. عبد الباقي، عبد الفتاح (1984). **موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.

25. عقلة، محمد (1989). **نظام الأسرة في الإسلام**، الجزء الأول، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، ط1.

26. العلواني، فؤاد، الربيعي، عبد جمعة (2003)، **الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد**، بيت الحكمة، بغداد، ط1.

27. علواني، فؤاد، والربيعي، عبد جمعة موسى (2000). **الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد**، بيت الحكمة، بغداد، ط1.

28. عوجي، مصطفى (1988). **القانون المدني، ج1، مصادر الموجبات في القانون اللبناني**، مؤسسة بحسون، بيروت، ط1.

29. عوجي، مصطفى (1995)، **القانون المدني**، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، بيروت، مؤسسة الحسون للنشر والتوزيع، ط1.

30. غانم، إسماعيل (1968)، **النظرية العامة للالتزام**، الجزء الأول، مصادر الالتزام.

31. كيلاني، محمود (1988). **عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دراسة تطبيقية**، دون دار نشر.

32. لطفي، محمد حسام محمود (1993). **استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.

33. لطفي، محمد حسام محمود (2009). **المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.

34. مرقس، سليمان (1988). **الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات**، المجلد الثاني، جامعة القاهرة، ط5.

35. منصور، أمجد محمد (2007). **النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام**، دار الثقافة، عمّان، ط1، الإصدار الرابع.

36. مهدي، نزيه محمد الصادق (1982)، **الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته، دراسة فقهية مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة.

**ثانياً: الرسائل والأبحاث العلمية:**


1. أبو زيد، محمد (2005). **المفاوضات في الإطار التعاقدي**، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، مصر، العدد الأول، السنة 47، يناير.
2. بارود، حمدي محمود (2005). **القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقد في مجال عقود التجارة الدولية**، مجلة الجامعة الإسلامية، غزة، المجلد 13، العدد 2.
3. بارود، حمدي محمود (2010). **تكييف قانوني جديد لمفاوضات العقد، الطبيعة العقدية وآثارها**، مجلة جامعة الأزهر، غزة، السنة العشرون، العدد الثالث.
4. بدو، أكرم محمود حسين، وعبد الله، محمد صديق محمد (2011). **أثر موضوعية الإرادة التعاقدية في مرحلة المفاوضات**، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد الثالث عشر، العدد 49، السنة 16.
5. **التزامات أطراف علاقات التجارة الدولية في مرحلة المفاوضات**، ج4، بحث منشور على الإنترنت على موقع منتديات شبكة عمران القانونية، تاريخ الاطلاع عليه 2013/2/22، رسالة الدخول: الخامسة مساءً.
6. حداد، رومان (2000). **حسن النية في تكوين العقد**، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت.
7. حسين، محمد عبد الظاهر (1998). **الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد**، بحث منشور في مجلة الحقوق، الكويت، العدد 2، السنة 22، يونيو.
8. حفناوي، محمد (2002). **المفاوضات في عقود التجارة الدولية**، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت.
9. دواس، أمين (2001). **المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي**، بحث

منشور، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد 5، عدد 1، فبراير.

10. سلامة، أحمد عبد الكريم، **النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية**، بحث منشور على الإنترنت، تم الدخول بتاريخ 2013/2/22، الساعة السادسة مساءً.

11. شمّاع، فائق محمود (2000). **التجارة الإلكترونية**، مجلة دراسات قانونية، قسم الدراسات القانونية، بيت الحكمة، بغداد، العدد الرابع، السنة الثانية.

12. عمّار، صابر محمد (2002). **المفاوضة في عقود التجارة الإلكترونية**، بحث منشور عبر شبكة الإنترنت على موقع منتدى المحامين العرب.

13. محمد، عمر سالم (2010). **الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة على التعاقد**، بحث منشور عبر شبكة الإنترنت على موقع منتدى المحامين العرب.

14. ملحم، سعد حسين عبد (2010). **التفاوض بالعقود عبر شبكة الإنترنت**، مجلة جامعة النهرين، العراق، المجلد الثالث عشر، العدد الثاني.

15. نصير، يزيد أنيس (2001). **مرحلة ما قبل إبرام العقد**، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، العدد 3.

16. نكاس، جمال فاخر (1996). **العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد**، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد الأول.

17. النمر، أبو العلا (1996). **الالتزام بالمحافظة على الأسرار في عقود نقل التكنولوجيا،** بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة 48.

**ثالثاً: القوانين:**

1. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م وتعديلاته.
2. قانون العمل العراقي رقم (71) لسنة 1987م وتعديلاته.
3. القانون المدني الأردني رقم (76) لسنة 1976م.
4. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لسنة 2010م.